

## **EL COMERCIO INTERNACIONAL DE DESECHOS Y LA PROTECCIÓN DEL MEDIO AMBIENTE:**

### **LA ORGANIZACIÓN MUNDIAL DEL COMERCIO Y EL CONVENIO DE BASILEA SOBRE MOVIMIENTOS TRANSFRONTERIZOS DE DESECHOS PELIGROSOS Y SU ELIMINACIÓN**

**Pablo CUBEL SÁNCHEZ**

1. INTRODUCCIÓN
2. EL SISTEMA GATT/OMC Y LA PROTECCIÓN DEL MEDIO AMBIENTE.
  - 2.1. La liberalización del comercio internacional y el sistema GATT/OMC.
  - 2.2. Las exigencias ambientales en el sistema GATT/OMC
3. EL SISTEMA DEL CONVENIO DE BASILEA
  - 3.2. Los aspectos generales del Convenio.
  - 3.2. Los principios fundamentales del Convenio.
  - 3.3. Las obligaciones restrictivas del comercio internacional contenidas en el Convenio.
4. LA IDENTIFICACIÓN Y LA SOLUCIÓN DE LAS POSIBLES CONTROVERSIAS:  
UN SUPUESTO PRÁCTICO
  - 4.1. Las posibles controversias entre Estados en torno a la aplicación de las obligaciones comerciales y ambientales conflictivas en materia de movimientos transfronterizos de desechos peligrosos.
  - 4.2. El marco institucional de arreglo de la controversia.
5. CONSIDERACIONES FINALES

#### **1. INTRODUCCIÓN**

Uno de los retos más importantes a los que se enfrenta la sociedad actual es el de la gestión de los desechos. Efectivamente, una de las causas del deterioro ambiental es el constante aumento de los niveles de producción y de consumo, y el considerable volumen de desechos que ello genera. En este contexto, el desarrollo industrial de los últimos cincuenta años, basado en

procesos industriales más complejos que requieren la utilización de un amplio espectro de productos químicos, metales, hidrocarburos y otras sustancias, ha traído consigo no solo un peligroso cambio cualitativo en la composición y características de los desechos que se generan<sup>1</sup>, sino que su volumen ha experimentado un gran crecimiento en los últimos tiempos. En este sentido, las estadísticas indican que, en el Estado español, los desechos tóxicos y peligrosos aumentaron en un 300% durante la década de los años ochenta<sup>2</sup>. Con datos de 1994, el Plan Nacional de Residuos Peligrosos cifra en 3.394.353 de toneladas la producción anual de estos desechos en el Estado español<sup>3</sup>.

El comercio internacional de desechos se ha expandido significativamente a lo largo de las últimas dos décadas, motivado en parte por las manifestaciones de rechazo social que despiertan los temas relacionados con la ubicación de las instalaciones de tratamiento y/o eliminación de los desechos –y que se ha acuñado con el anglicismo “not in my backyard reaction” o reacción NIMBY.<sup>4</sup> En la mayoría de los casos, los intereses económicos que –más o menos encubiertos– coexisten en torno a la gestión de los desechos incentivan la expansión de su comercio internacional. En efecto, la progresiva adopción de una normativa ambiental nacional sobre desechos cada vez más

1. El crecimiento exponencial del sector industrial en los últimos años –y, en particular el crecimiento de la industria química– no ha provocado el desarrollo paralelo de la tecnología adecuada para reducción de la generación de residuos ni para la gestión de los residuos generados.

2. R. J. SANTAMARÍA, *Administración Pública y Prevención Ambiental: el Régimen Jurídico de la Producción de Residuos Peligrosos*, Instituto Vasco de Administración Pública, 1996, pp. 30.

3. Plan Nacional de Residuos Peligrosos. Resolución de 28 de abril de 1995, de la Secretaría de Estado de Medio Ambiente y Vivienda, por la que dispone la publicación del acuerdo del Consejo de Ministros de 17 de febrero de 1995 por el que se aprueba el Plan Nacional de Residuos Peligrosos. *BOE* de 13 de mayo de 1995.

4. El delicado equilibrio competencial existente en España entre las comunidades autónomas y los municipios en materia de desechos, por un lado, y la ineludible necesidad de ubicar los desechos procedentes de varias poblaciones en zonas comunes, por otro, provoca un arduo proceso negociador –frecuentemente manipulado por los agitadores de la vida política municipal y/o autonómica– en el que ningún ente local manifiesta su voluntad para ser receptor de los desechos generados de forma conjunta por varios municipios.

estricta<sup>5</sup> ha convertido a los desechos peligrosos en objeto de comercio como mercancías<sup>6</sup> susceptibles de un aprovechamiento económico constante. En este sentido, muchos Estados han potenciado la creación de un mercado nacional de desechos peligrosos para lograr dos objetivos; de un lado, reducir el volumen de desechos que se destinan a la eliminación final y, de otro lado, estimular la industria del reciclado.<sup>7</sup> Además, en ciertos casos este flujo comercial internacional se ha justificado en la eventual protección del medio ambiente y de la salud humana; esto es, en la necesidad de encontrar soluciones adecuadas para la eliminación racional de los desechos.

Es claro pues que los desechos peligrosos son, de un lado, una mercadería en torno a la cual se ha creado un interés económico considerable y, de otro lado, una fuente de contaminación del medio ambiente y un peligro manifiesto para la salud humana debido a su peligrosidad. Parece así que el comercio internacional de desechos queda, por un lado, sujeto al régimen internacional general sobre el comercio internacional, y por otro lado, a los

5. En relación a la reglamentación adoptada en España sobre prevención de daños causados por desechos peligrosos, véase P. CUBEL, "La caracterización de los residuos tóxicos y peligrosos en el ordenamiento jurídico español", *Actualidad Administrativa*, nº 26, 1998, pp. 565-572.

6. Los desechos han sido tradicionalmente considerados mercaderías sometidas al régimen general del Acuerdo GATT, si bien algunos autores han limitado la categorización de los desechos como mercaderías a los casos en los que los desechos en cuestión eran sometidos a comercio con la finalidad de reciclarlos o de ponerlos directamente en el mercado. E. REHBINDER, "Environmental protection and the law of international trade", R. J. DUPUY, *The Future of International Law of the Environment*, Workshop of the Hague Academy of International Law, 1984, pp. 366. "In so far as residual substances are concerned that will be reused or recycled and placed again on the market in the country of destination, these substances are articles of commerce and enjoy the protection of the GATT and regional or bilateral conventions and treaties for the protection of free international trade." No obstante, en el ámbito del Convenio de Viena de 1980 sobre compraventa internacional de mercaderías, la acepción de mercaderías que prevalece es la que los identifica como bienes muebles corporales, por lo que no parece que deba compartirse la vinculación establecida por REHBINDER entre el desecho como mercancía y el destino final del mismo a una operación de reciclado. En este sentido se pronuncia HONNOLD al afirmar que las mercaderías del Convenio de Viena hacen referencia a los "tangible moveable assets". J. HONNOLD, *Uniform Law for International Sales Under the 1980 United Nations Convention*, Kluwer Law and Taxation Publishers, Boston, 1991, pp. 100-104.

7. En este sentido, las Cámaras de Comercio españolas han puesto en funcionamiento un sistema de bolsas de desechos con el fin de poner en contacto a productores y gestores de desechos y agilizar la actividad comercial sobre los mismos.

instrumentos adoptados para preservar el medio ambiente y proteger la salud humana y, de forma específica, para regular y controlar los movimientos transfronterizos de desechos peligrosos.

El caso es que en varios tratados internacionales adoptados en el seno del Programa de Naciones Unidas para el Medio Ambiente (PNUMA) en relación a desechos peligrosos se han incluido algunas obligaciones potencialmente conflictivas con ciertos principios consolidados en el contexto del sistema GATT/OMC. En este sentido, el principal tratado adoptado a nivel mundial para regular y controlar los movimientos transfronterizos de desechos peligrosos es el Convenio de Basilea de 1989 sobre movimientos transfronterizos de desechos peligrosos y su eliminación.

En este contexto, tres son los aspectos objeto de examen en este trabajo. Primero, el sistema GATT/OMC y su relación con la protección del medio ambiente. Segundo, el sistema del Convenio de Basilea sobre movimientos transfronterizos de desechos peligrosos, con especial referencia a su regulación sustantiva susceptible de colisionar con el sistema GATT/OMC. Tercero, la identificación y el análisis de las controversias que se pueden derivar de la aplicación del Convenio de Basilea, así como las distintas alternativas procedimentales más plausibles para solucionar la misma<sup>8</sup>.

8. Como ha afirmado la Directora Ejecutiva del PNUMA, E. DOWDESWELL, "as the commitments of the Uruguay Round and the growing and constantly changing body of international environmental laws and measures are implemented at the national level, the potential for conflict between these two bodies of international law may increase. Our goal is to make certain potential conflicts are identified well in advance, that effective preventative measures are defined, and workable solutions are found." E. DOWDESWELL, introducción a Z. GRESHAM, J. SCHURZ, *Dispute Avoidance and Dispute Resolution in International Environmental Agreements and Multilateral Trade Agreements: An Introduction*, UNEP Environment and Trade Series, num. 9, 1995.

## 2. EL SISTEMA GATT/OMC Y LA PROTECCIÓN DEL MEDIO AMBIENTE

### 2.1. *La liberalización del comercio internacional y el sistema GATT/OMC*

La regulación del comercio internacional es uno de los sectores clave del Derecho internacional económico<sup>9</sup>. El sistema GATT/OMC establece las reglas básicas del comercio internacional, las cuales tienen su fundamento en el paradigma de la liberalización de los mercados nacionales como vehículo óptimo para consolidar el crecimiento económico<sup>10</sup>. La eliminación de las prácticas restrictivas del comercio internacional y, en definitiva, de los dispositivos proteccionistas<sup>11</sup> estatales constituye un eslabón necesario para la consecución de mercados libres y eficaces. Bajo esta perspectiva, la libre competencia en mercados abiertos y transparentes conduce a la ventaja comparativa<sup>12</sup> de productores especializados que, a la postre, provoca un

9. Siguiendo a SCHWARZENBERGER, cabe concluir que el Derecho internacional económico abarca: 1) la propiedad y explotación de los recursos naturales; 2) la producción y la distribución de mercancías; 3) las transacciones internacionales de carácter económico o financiero; 4) la moneda y las finanzas; 5) las actividades relacionadas con las anteriores; y 6) el *status* y la organización de quienes se dedican a este tipo de actividades. G. SCHWARZENBERGER, "The principles and standards of international economic law", *Recueil des Cours de l'Academie de Droit International*, 1966, vol. 1, pp. 7. Véase también D. M. MCRAE, "The contribution of international trade law to the development of international law", *Recueil des Cours de l'Academie de Droit International de La Haye*, 1996, pp. 99-237.

10. L. CEBALLOS, "Diccionario de organizaciones económicas internacionales", 1989, pp. 28. "El GATT persigue, básicamente, la eliminación de toda clase de obstáculos al comercio internacional, especialmente los de carácter arancelario y, consecuentemente, la liberalización de dicho comercio, lo que contribuye al desarrollo económico mundial."

11. No faltan autores que niegan la única existencia de dos alternativas, libre comercio y proteccionismo. En este sentido, la teoría de la política comercial estratégica aboga por la atemperación del libre comercio radical en favor de un sistema de negociación bilateral y sectorial basado en el principio de reciprocidad. Véase, H. MILNER, D. YOFFIE, "Between free trade and protectionism: strategic trade policy and a theory of corporate trade demands", *International Organization*, vol. 43/2, 1989, pp. 239-272. Véase, también, S. NOLLEN, D. QUINN, "Free trade, fair trade, strategic trade, and protectionism in the U.S. Congress, 1987-1988", *International Organization*, vol. 48/3, 1994, pp. 491-525.

12. Según la teoría de la ventaja comparativa, el beneficio económico global se optimiza si cada país se especializa en aquella producción o prestación de servicios en la que es especialmente eficiente. De esta forma, hay que eliminar

incremento de la especialidad y de la calidad de la producción y un descenso generalizado de los precios<sup>13</sup>.

El origen del GATT<sup>14</sup> como una organización *sui generis* fue confuso y complejo<sup>15</sup>. El GATT fue adoptado en 1947 como complemento sustantivo a

cualquier tipo de barrera proteccionista que impida distinguir la ventaja comparativa de los productores nacionales especializados. B. COHEN, "The political economy of international trade", *International Organization*, num. 44/2, 1990, pp. 261-281. G. K. HELLEINER, *Comercio internacional y desarrollo económico*, Alianza Editorial, Madrid, 1975. F. MOCHÓN, *Economía. Teoría y Política*, McGraw Hill, Madrid, 1987, pp. 533-571. Véase también, D.M. MCRAE, *supra* nota 9, pp. 138-144. "In other words, when countries specialize in what they produce best and then engage in trade—exporting what they produce and importing what they do not produce—they are better off than they would be if they try to produce both what they are good at producing and what they are less good at producing." Para una visión crítica de esta teoría véase S. AMIN, "El comercio internacional y los flujos internacionales de capitales", en A. EMMANUEL et al., *Imperialismo y comercio internacional. El intercambio desigual*, 4 ed., Siglo XXI Editores, Madrid, 1977, pp. 105-145. Y, especialmente, el capítulo "De la especialización a la dependencia" en S. AMIN, *El desarrollo desigual. Ensayo sobre las formaciones sociales del capitalismo periférico*. Editorial Fontanella, 1974, pp. 127-191.

13. En relación al fundamento teórico del liberalismo mercantil y de su oposición a las prácticas restrictivas del comercio internacional. Véase, por todos, el análisis del llamado *prisoner's dilemma* en K. W. ABBOT, "The trading nation's dilemma: the functions of the law of international trade," *Harvard International Law Journal*, num. 2, 1985, pp. 501-532. "Under a regime of law limiting protectionist responses, public officials can act to further their nation's interests or their own long-run domestic political agendas and can avoid the mutually destructive tendencies of protection in a situation of interdependence, while minimizing the short-run political costs to themselves. Thus the law of international trade functions to inhibit national governments from following what appear to be rational short-run courses of action in the interest of achieving superior long-run outcomes for their nations and perhaps for themselves."

14. El acrónimo GATT corresponde a *General Agreement on Tariffs and Trade*, y ha sido traducido en lengua española como Acuerdo General sobre Aranceles y Comercio. Véase BOE de 28 de enero de 1964, BOE de 12 de febrero de 1964, y BOE de 2 de marzo de 1964. A lo largo del presente estudio se utilizará la acepción en lengua inglesa por cuanto que su denominación original no fue concebida en lengua española, sino que únicamente en lengua francesa e inglesa, y por cuanto su utilización está generalizada en la doctrina científica de nuestro país. El texto del Acuerdo GATT original de 30 de octubre de 1947 puede encontrarse en J. JUSTE, R. BERMEJO, *Organizaciones Internacionales Universales del Sistema de las Naciones Unidas: Convenios Constitutivos*, Tecnos, Madrid, 1993, pp. 271-317.

15. Para una descripción completa del proceso evolutivo del Acuerdo GATT, véase A. M. ÁVILA, et al., *Regulación del comercio internacional tras la Ronda Uruguay*, Tecnos, Madrid, 1994, pp. 35-81. En la literatura extranjera, ver, por

una Organización Internacional del Comercio (OIC) que se encontraba en aquellos momentos en gestación<sup>16</sup>. Bajo la cobertura de un protocolo de aplicación provisional, las disposiciones del GATT entraron en vigor a la espera de vertebrar la futura OIC<sup>17</sup>. Una vez quedó claro que el acuerdo constitutivo de ésta no entraría en vigor al no reunirse el número requerido de ratificaciones<sup>18</sup>, la aplicación del GATT se consolidó<sup>19</sup> a través de un lento proceso de asimilación a una organización internacional que, sin serlo desde una visión formal, debía funcionar como tal<sup>20</sup>. De esa forma, el término "GATT" pasó a designar tanto el Acuerdo GATT en sí, como la estructura institu-

todos, J. JACKSON, *World trade & the law of GATT*, The Bobbs-Merrill Company Inc., Indianapolis, 1968; y J. JACKSON, *The world trading system. Law and policy of international relations*, MIT Press, Massachusetts, 1982.

16. El Acuerdo GATT fue adoptado en Ginebra el 30 de octubre de 1947 por 23 países y entró en vigor el 1 de enero de 1948. Véase nota de prensa de la OMC, Documento WTO/PRESS/81, de 27 de octubre de 1997.

17. En relación a la OIC y el proceso de la Carta de La Habana, véase R. PLAISANT, "L'Organisation International du Commerce" *Revue General de Droit International Publique*, num. 2, 1950, pp. 161-224. En la literatura española, véase R. BERMEJO, *Comercio internacional y sistema monetario: aspectos jurídicos*, Civitas, Madrid, 1990, pp. 21-26.

18. R. SANDRETTO, *Le commerce international*, Armand Colin Éditeur, París, 1995, pp. 37-38. "Signée par 53 pays, la charte ne fut ratifiée que par le Liberia et n'entra donc jamais en vigueur. La conjugaison, aux États-Unis, pourtant initiateurs de la charte, de l'opposition des groupes protectionnistes et des libéraux fit avorter le projet d'organisation jugé par le Congrès trop dirigiste et trop favorable à la planification."

19. En palabras de REMIRO, "el justificado miedo escénico de la Administración de los Estados Unidos al severo juicio del Senado hizo del GATT un ser oficioso, sin papeles, un inmigrante poco menos que ilegal, pero tolerado, en la sociedad internacional, que poco a poco fue levantando un *ranchito*, que acabó siendo tan enrevesado como inseguro." Véase, A. REMIRO, "*Pelagattos y Aristogattos* de la Comunidad Europea ante el reino de la OMC", *Gaceta Jurídica de la Comunidad Europea*, D-26, 1996, pp. 7-82.

20. En este sentido, ÁVILA, CASTILLO y DíEZ, antes de explicar la regulación institucional multilateral del comercio puntualizan que "nuestro análisis del GATT nos lleva a considerarlo como una organización dinámica que ha sufrido muchos avatares a lo largo de su historia y que ha respondido a los mismos con unas ciertas características permanentes como son la flexibilidad y el pragmatismo. También la evolución del GATT muestra otras constantes: el deseo de eliminar la característica de provisionalidad con la que nació en 1947 en cierto modo de una forma accidental, así como el deseo de llegar a convertirse en un organismo multilateral similar en muchos aspectos al FMI y al Banco Mundial." A. M. ÁVILA, et al., *supra* nota 15, pp. 34.

cional creada para gestionar las relaciones comerciales de las Partes en el GATT<sup>21</sup>.

A mediados de la década de los ochenta se puso de manifiesto la necesidad de reforzar sustantivamente el sistema que se había estructurado en torno al Acuerdo GATT. Así, en 1986 se inició la ronda negociadora del GATT más amplia y profunda: la Ronda Uruguay<sup>22</sup>, la cual concluyó con la firma en Marrakech en 1994 del Acta Final en que se incorporan los resultados de las negociaciones<sup>23</sup>. Los ocho años de negociación desembocaron en la adopción de importantes acuerdos en todos los niveles, tanto sustantivos como institucionales. Efectivamente, las tres grandes novedades de la Ronda Uruguay fueron<sup>24</sup>: 1) la creación de la OMC como institución permanente<sup>25</sup>; 2) la

21. M. MONTAÑA, *La OMC: un nuevo marco institucional*, McGraw Hill, Madrid, 1997, pp. 3. En palabras del que otrora fue Director General del GATT durante doce años, "très succinctement dit, le GATT est à la fois un cadre juridique gouvernant la conduite des relations commerciales entre les pays membres, un forum des négociations pour la libéralisation du commerce mais aussi pour l'aménagement du cadre juridique, ainsi qu'un organe de conciliation et des règlement des différends." O. LONG, "La place du droit et ses limites dans le système commercial multilatéral du GATT", *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International*, num. 182, 1983, pp. 22.

22. A. LOWENFELD, "Remedies along with rights: institutional reform in the new GATT", *American Journal of International Law*, vol. 88, 1994, pp. 477. "The agenda for the Uruguay Round was massive, making it by far the most ambitious trade negotiation ever."

23. El Acta Final de Marrakech se adoptó el 15 de abril de 1994 e incorporó el Acuerdo por el que se establece la OMC, una serie de declaraciones y decisiones ministeriales y un Entendimiento relativo a los compromisos en materia de servicios financieros. Fue ratificada por España por instrumento de 30 de diciembre de 1994 y puede encontrarse en *BOE* de 24 de enero de 1995; corrección de errores en *BOE* de 8 de febrero de 1995. El texto en lengua inglesa aparece en Doc. MTN/FA, *International Legal Materials*, num 33, 1994, pp. 1143.

24. En relación a las recientes transformaciones institucionales del sistema GATT ver, en la doctrina española, R. BERMEJO, L. SAN MARTÍN, "Del GATT a la Organización Mundial del Comercio: análisis y perspectivas de futuro", *Anuario de Derecho Internacional*, 1996, pp. 147-200. Véase también, J. JACKSON, "Appraising the launch and functioning of the WTO", *German Yearbook of International Law*, vol. 39, 1996, pp. 20-41.

25. Véanse los comentarios de J. JACKSON en "The World Trade Organization", *A.S.I.L. Proceedings*, 1995, pp. 318. "The WTO is in place: for the first time we have a legally constituted international organization to handle the important area of trade. The failure of the immediate post-war era on this question is manifest. We did succeed in 1944 and 1945 in establishing the Bretton Woods system with charters for a World Bank and an IMF, but we failed to put the third



extensión de los principios liberalizadores contenidos en el GATT a nuevos sectores mediante la adopción de nuevos acuerdos que son gestionados en el marco único e integrador de la OMC<sup>26</sup>; y 3) la adopción de un nuevo sistema institucionalizado de solución de controversias<sup>27</sup>.

Tanto la OMC en el plano institucional, como el GATT en su condición de complemento sustantivo primario de aquélla, promueven la elevación del nivel de vida y la liberalización de los intercambios comerciales

leg of the stool in place, namely an International Trade Organization (ITO). And so the GATT hobbled along through many decades, performing much better than anyone had a right to expect. In many ways it was constrained by its birth defects: The WTO corrects a good many of them –not necessarily all, for there are still some issues and problems.”

26. Según el artículo II del Acuerdo OMC, “la OMC constituirá el marco institucional común para el desarrollo de las relaciones comerciales entre sus Miembros en los asuntos relacionados con los acuerdos e instrumentos incluidos en los anexos del presente Acuerdo.” Así, de entre los sectores cubiertos, cabe destacar los siguientes: 1) el Anexo 1A incluye los *acuerdos multilaterales sobre el comercio de mercancías*, entre los que destaca la versión jurídicamente nueva del Acuerdo GATT de 1947, ahora llamada GATT de 1994; 2) el Anexo 1B incluye el *acuerdo general sobre el comercio de servicios*, llamado GATS por su acepción en lengua inglesa; 3) el Anexo 1C incluye el *acuerdo sobre los aspectos de los derechos de propiedad intelectual relacionados con el comercio*, llamado Acuerdo TRIPS por su acepción en lengua inglesa. Obsérvese, además, la peculiar clasificación establecida en los anexos entre “acuerdos multilaterales” y “acuerdos plurilaterales.” Siendo la diferencia entre estas dos categorías de acuerdos totalmente artificial y particular, cabe concluir que su única pretensión es la de establecer una distinción entre el conjunto de acuerdos que forman un paquete unitario y deben, por tanto, ser aceptados de forma íntegra según la llamada “single undertaking approach”, y aquellos acuerdos singulares sobre los que cada Estado puede manifestar su intención de vincularse de forma específica. En concreto, estos últimos son los cuatro “plurilaterales” y se hallan contenidos en el Anexo 4: *acuerdo sobre el comercio de aeronaves civiles*, *acuerdo sobre contratación pública*, *acuerdo sobre productos lácteos* y *acuerdo sobre carne de bovino*. Véase P. SAUVE, “Assesing the GATS”, *Journal of World Trade*, num. 29/4, 1995, pp. 125-145. G. HORLICK, E. SHEA, “The WTO Antidumping Agreement”, *Journal of World Trade*, num. 29/1, 1995, pp. 5-31. M. LÓPEZ, *El comercio internacional de servicios después de la Ronda Uruguay*, Tecnos, Madrid, 1996. K. N. PEIFER, “Brainpower and trade: the impact of TRIPS on intellectual property”, *German Yearbook of International Law*, vol. 39, 1996, pp. 100-133.

27. E. U. PETERSMANN, *The GATT/WTO Dispute Settlement System: International Law, International Organization and Dispute Settlement*, Kluwer Law International, 1997. P. T. KOHONA, “Dispute resolution under the WTO. An overview”, *Journal of World Trade*, num. 28/2, 1994, pp. 24-47. En la doctrina española véase M. MONTAÑA, *supra* nota 21, pp. 47-152.

mediante dos mecanismos concretos. En primer lugar, mediante la eliminación de las restricciones cuantitativas<sup>28</sup> al libre comercio<sup>29</sup>, y, en segundo lugar, mediante la defensa de un criterio de igualdad en los intercambios. Este principio de igualdad se manifiesta en la adopción de, (1) una cláusula de no discriminación pura entre los productos nacionales y los importados<sup>30</sup> y (2) una cláusula de no discriminación entre productos importados —la llamada cláusula de la nación más favorecida<sup>31</sup>.

Es, sin embargo, necesario destacar que el propio Acuerdo GATT permite ciertas excepciones a estos principios generales y, así, determina bajo

28. Una restricción cuantitativa se identifica con cualquier medida estatal que, con el fin directo o indirecto de proteger su mercado interno, limita la competencia de productos extranjeros, prohibiendo de manera total o por un período concreto de tiempo la importación de un producto o limitando dicha importación en cantidad o en valor.

29. El GATT se decanta por la idea básica de que son preferibles las medidas proteccionistas plasmadas en barreras arancelarias que las restricciones cuantitativas a la libertad de intercambios comerciales. Así el artículo XI.1 del Acuerdo afirma que “ninguna Parte contratante impondrá ni mantendrá —aparte de los derechos de aduana, impuestos y otras cargas— prohibiciones ni restricciones a la importación de un producto del territorio de otra Parte contratante, ya sean aplicadas mediante contingentes, licencias de importación o de exportación, o por medio de otras medidas.”

30. Art. III del Acuerdo GATT en torno al trato nacional en materia de tributación y de reglamentaciones interiores. J. JACKSON, “World trade rules and environmental policies: congruence or conflict?”, *Washington and Lee Law Review*, num. 49, 1992, pp. 1227-1238. “For a variety of governmental actions, it obligates a government to treat foreign products or persons the same as it treats its domestic products or persons.” En particular, el artículo III.2 del Acuerdo afirma que “los productos del territorio de toda parte contratante importados en él de cualquier otra parte contratante no estarán sujetos, directa ni indirectamente, a impuestos u otras cargas interiores, de cualquier clase que sean superiores a los aplicados, directa o indirectamente, a los productos nacionales similares.” Como es lógico suponer, la determinación de lo que constituye un “producto nacional similar” ha sido una de las cuestiones más controvertidas.

31. Véanse los art. I, en relación al trato general de nación más favorecida y XIII, en torno a la aplicación no discriminatoria de las restricciones cuantitativas, del Acuerdo GATT. R. BERMEJO, *supra* nota 17, pp. 30. “Se entiende por cláusula de la nación más favorecida aquella por la que dos Estados convienen mediante un tratado que las ventajas económicas que uno de ellos acuerde a un tercero serán automáticamente aplicables al otro.” Véase también, G. SCHWARZENBERGER, *supra* nota 9, pp. 71-77. “Literally and historically, the m.f.n. standard means what it says: the treatment of a nation, that is the other contracting party, as the most favoured nation, that is as the nation more favoured than any other.”

que circunstancias y con qué propósitos, pueden las Partes desviarse de los principios anteriormente mencionados<sup>32</sup>.

A) Una primera excepción deriva de la consideración de que la aplicación incondicional de la cláusula de la nación más favorecida sería incompatible con una política internacional del desarrollo. Así, la introducción de un sistema arancelario preferencial generalizado y no discriminatorio para los productos procedentes de los países considerados en desarrollo<sup>33</sup>, requirió la inclusión de un mecanismo de derogación parcial del principio de igualdad consagrado en el Acuerdo GATT. Esta cláusula de eximición o exención está contenida en el artículo XXV del Acuerdo GATT y se denomina *waiver*<sup>34</sup>.

32. En la presente investigación sólo se hace referencia a las excepciones que se han considerado relevantes. Para un análisis completo de todas las posibles excepciones al cumplimiento del Acuerdo GATT, véase A. M. ÁVILA, et al., *supra* nota 15, pp. 48-66.

33. La distinción entre país desarrollado y país en desarrollo no siempre es clara; en términos legales, es difusa y cambiante. La teoría generalizada afirma que los países que pertenecen a la OCDE son desarrollados y, por exclusión, los que no pertenecen a dicha Organización son países en desarrollo. Esta clasificación debe, sin embargo, matizarse según el contexto en que se pretenda utilizar. En relación al GATT, por ejemplo, se ha procedido a lo largo de su historia a realizar distintas segmentaciones entre los países en desarrollo a la luz de dicha regla general según el grado de desarrollo alcanzado. En relación al concepto de país desarrollado/en desarrollo en el contexto del GATT, véase, por todos, G. VERDIRAME, "The definition of developing countries under GATT and other international law", *German Yearbook of International Law*, vol. 39, 1996, pp. 164-197.

34. Este *waiver* se fundamenta en la necesidad de proteger una cierta discriminación positiva para, así, neutralizar los efectos negativos que para los países en desarrollo tendría la aplicación estricta de los principios de igualdad contenidos en el Acuerdo GATT. Véase el art. XVIII en relación a la "ayuda del Estado para favorecer el desarrollo económico", así como el artículo XXV.5 en relación a las decisiones colectivas de las Partes. Este último artículo del Acuerdo afirma que "en circunstancias especiales, distintas de las previstas en otros artículos del presente Acuerdo, las Partes Contratantes podrán eximir a una Parte Contratante de alguna de las obligaciones impuestas por el presente Acuerdo." En relación a este artículo y al sistema generalizado de preferencias, véase J. DIEZ-HOCHTLEINER, "La cláusula de la nación más favorecida y su incidencia en el trato conferido a los países en desarrollo", *Revista Española de Derecho Internacional*, vol. 35, 1983, pp. 371-392. W. D. VERWEY, "La situación jurídica de los países en desarrollo en el Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio", *Anuario Argentino de Derecho Internacional*, 1992-1993, pp. 13-44. Véase también el capítulo titulado "La promotion du développement économique: le traitement différencié et plus favorable des pays en voie de développement" en

B) En segundo lugar, el artículo XX del Acuerdo GATT contiene el paquete general de excepciones al cumplimiento de las disposiciones del mismo. Efectivamente, cualquier medida que en principio infrinja las normas generales del GATT podrá ser considerada compatible con éste en caso de encontrarse amparada por alguna de las excepciones del artículo XX<sup>35</sup>. Estas excepciones, únicamente serán admisibles “a reserva de que no se apliquen las medidas en forma que constituyan un medio de discriminación arbitrario o injustificable entre los países en que prevalezcan las mismas condiciones, o una restricción encubierta al comercio internacional.”

## 2.2. Las exigencias ambientales en el sistema GATT/OMC

En un contexto normativo de protección del libre comercio impulsado por el GATT, ciertas medidas nacionales de protección del medio ambiente pueden tener repercusión sobre las relaciones comerciales internacionales y así manifestar características propias de mecanismos proteccionistas estatales<sup>36</sup>. En efecto, la relación entre el comercio internacional y el medio ambiente ha adquirido un tinte político acentuado en los últimos años, así como una

O. LONG, *supra* nota 21, pp. 109-129. G. FEUER, “L’Uruguay Round, les pays en développement et le droit international du développement”, *Annuaire Français de Droit International*, 1994, pp. 758-775. J. F. DORSEY, “Preferential treatment: a new standard for international economic relations”, *Harvard International Law Journal*, num. 1, 1977, pp. 109-135.

35. V. GASCÓN, “Derecho ambiental internacional y libre comercio: un difícil pero necesario equilibrio”, *Comunicaciones al I Congreso Nacional de Derecho Ambiental*, Sevilla 1995, pp. 185.

36. De una primera aproximación causal de la relación entre crecimiento económico y protección del medio ambiente se desprende que son objetivos incompatibles. De una lado, las políticas ambientales, en cuanto limitan y encarecen la expansión de la producción y del consumo, suponen un freno al crecimiento económico. Y, de otro lado, el crecimiento económico requiere de una expansión de la producción y del consumo, y por necesidad, de una mayor explotación de los recursos ambientales. Esta perspectiva no es, sin embargo, compartida por muchos autores que buscan en la reconciliación de los paradigmas económicos y ambientales un desarrollo sostenible armónico. Véase L. FRANCO SALA, *Política económica del medio ambiente. Análisis de la degradación de los recursos naturales*, Cedecs, Barcelona, 1995, pp. 195-200.

relevancia económica especial<sup>37</sup>. Las principales cuestiones que han surgido en torno al comercio internacional y a la protección del medio ambiente hacen referencia a temas como las regulaciones técnicas nacionales sobre productos y sobre procesos de producción, a las restricciones a la importación y exportación de productos que presenten especiales características de peligrosidad, al eco-dumping, a las eco-subsidios, a las restricciones a la exportación de productos cuya venta o distribución ha sido prohibida o restringida en el mercado de origen<sup>38</sup>, y a la regulación nacional de las eco-etiquetas<sup>39</sup>, entre otras<sup>40</sup>.

37. El mero incremento de las transacciones transfronterizas tiene una repercusión ambiental relevante. En este sentido, los efectos del comercio internacional sobre el medio ambiente se han clasificado en dos categorías, efectos directos e indirectos. Por un lado, los efectos directos se derivan de la propia transacción comercial; y ello, no tanto de la transmisión patrimonial *stricto sensu*, como de la reubicación de mercancías de forma transfronteriza. Así, el impacto ambiental de una transacción se puede manifestar en el transporte de los bienes, en su almacenamiento o en cualquier otra fase anterior o posterior al perfeccionamiento contractual. Por otro lado, los efectos indirectos se deducen del análisis macroeconómico de la influencia que el incremento de las relaciones comerciales tiene sobre el medio ambiente, en la medida en que el crecimiento de la actividad económica lleva aparejado un aumento en el consumo de recursos naturales y en la generación de residuos. En esta línea, véanse los comentarios de D. SCHÖR, en "The World Trade Organization", *Proceedings of the 89th Annual Meeting of the A.S.I.L.*, 1995, pp. 323. Para un análisis más técnico, véase, J. BEGHIN, "Effects of trade liberalization on the environment in the manufacturing sector", *The World Economy*, num. 20/4, 1997, 435-456. En una línea más política, véase M. J. FERRANTINO, "International trade, environmental quality and public policy", *The World Economy*, num. 20/1, 1997, pp. 43-72.

38. La cuestión de las exportaciones de las mercaderías cuya comercialización está prohibida o severamente restringida en el país de origen afecta al trato que ha de darse a los productos cuya venta y utilización están sometidos a restricciones en el mercado de origen por representar un peligro para la salud de las personas y de los animales, la preservación de los vegetales o el medio ambiente y que, aún así, pueden exportarse a otros países que, en gran parte de los casos, carecen de los resortes burocráticos, científicos y humanos para calibrar los riesgos derivados de esas importaciones y/o de prevenir las consecuencias que se pudieran manifestar en el medio ambiente y en la salud humana.

39. Sobre este particular, véase V. REGE, "GATT law and environment related issues affecting the trade of developing countries", *Journal of World Trade*, num. 28/3, 1994, pp. 132-139.

40. Recientemente se ha establecido en el marco del PNUMA una Unidad sobre Medio Ambiente y Comercio, ubicada en Ginebra, cuya actividad más notable hasta la fecha ha sido la publicación de una serie de monografías entre las que destacan, *Trade related environmental measures in the field of safety in biotechnology*, *Protecting the ozone layer through trade measures*, *Economic*

En definitiva, los aspectos más controvertidos de la relación trazada entre el comercio internacional y el medio ambiente hacen referencia a las cuestiones derivadas de la adopción unilateral por parte de un Estado de medidas restrictivas del comercio internacional que eventualmente se justifiquen por su finalidad protectora del medio ambiente. En relación a este último tipo de medidas cabe hacer dos distinciones con carácter previo. Por un lado cabe distinguir las medidas comerciales que adopte un Estado de forma unilateral en cumplimiento de un compromiso adquirido en un tratado internacional sobre el medio ambiente, de las medidas que dicho Estado adopte de forma unilateral con la única base jurídica de su normativa interna<sup>41</sup>. Y, en este último supuesto cabe distinguir las prácticas restrictivas que adopte de forma unilateral un Estado con la finalidad de proteger el medio ambiente dentro de las zonas sometidas a su jurisdicción, de las prácticas restrictivas que adopte con la finalidad de proteger el medio ambiente de zonas no sometidas a su jurisdicción<sup>42</sup>.

Sin lugar a dudas, es el primero de estos supuestos, el de las prácticas restrictivas del comercio internacional impuestas de forma unilateral por un

*policy reforms and the environment: the African experience, Institutional mechanisms supporting trade in genetic materials*, entre otras. De igual forma, se ha establecido en el marco de la OCDE un Grupo de Trabajo sobre Ayuda al Desarrollo y Medio Ambiente. Sobre la actividad de este órgano, véase OCDE, *Reconciling trade, environment and development policies. The role of development co-operation*, 1996.

41. Esta distinción entre medidas unilaterales según la normativa interna de un Estado y medidas unilaterales según el compromiso internacional adquirido por ese mismo Estado al ratificar ciertos tratados internacionales sobre el medio ambiente no es aceptada por toda la doctrina. Véase, B. ANDERSON, "Unilateral trade measures and environmental protection policy", *Temple Law Review*, num. 66, 1993, pp. 751-784.

42. Este último supuesto corresponde a la situación planteada en la controversia que tuvo lugar entre los Estados Unidos de América y México en el conocido "asunto del atún". En ese caso, los Estados Unidos impusieron una restricción a la importación de atún procedente de México alegando la violación de la normativa interna estadounidense sobre métodos de captura. El *panel* del GATT que conoció del asunto dejó claro en su informe que toda medida estatal adoptada de forma unilateral en virtud de la normativa interna de un Estado, que establezca restricciones a la importación de productos similares a los nacionales con fundamento en el proceso productivo empleado en el país extranjero, es incompatible con el Acuerdo GATT. Véase, R. FLEISCHER, "The Mexico-US tuna/dolphin dispute in GATT: exploring the use of trade restrictions to enforce environmental standards", *Transnational Law & Contemporary Problems*, num. 2, 1993, pp. 515-548. Véase también, M. BADENES, *La crisis de la libertad de pesca en alta mar*, McGraw-Hill, Madrid, 1997, pp. 241-252.

Estado en virtud de un compromiso adquirido en un tratado multilateral sobre el medio ambiente el que plantea las cuestiones más delicadas de compatibilidad con ciertos principios rectores del sistema multilateral del comercio gestionado por la OMC<sup>43</sup>.

Pese a que las cuestiones derivadas de la relación entre el comercio internacional y el medio ambiente no formaron parte de la agenda inicial de la Ronda Uruguay, a lo largo de la misma se fueron introduciendo como puntos de discusión; progresivamente se tomaron en consideración y se fueron introduciendo en los acuerdos adoptados. Así, tras la finalización de la Ronda Uruguay, el sistema GATT/OMC integra las cuestiones derivadas de la protección del medio ambiente en dos niveles distintos: sustantivo e institucional.

La integración de los temas ambientales a nivel sustantivo en el Acuerdo GATT<sup>44</sup> se materializa (1) en la novedosa inclusión de un párrafo en el Preámbulo del Acuerdo de la OMC, y (2) en dos excepciones específicas contenidas en la disposición de las excepciones generales del Acuerdo GATT.

Si bien la referencia al concepto de desarrollo sostenible en el Preámbulo<sup>45</sup> del Acuerdo de la OMC constituye un elemento novedoso y

43. Un estudio del GATT afirma haber detectado cláusulas comerciales en 17 tratados internacionales de entre los 127 tratados internacionales sobre el medio ambiente analizados. GATT, *Trade and Environment*. Document GATT/1529, 1992, pp. 11. Además, los últimos procesos negociadores llevados a cabo en el marco del PNUMA parecen ratificar la necesidad de incluir cláusulas de contenido comercial en tratados internacionales sobre el medio ambiente y así lo demuestran, por ejemplo, los dictámenes que se están llevando a cabo en relación a la eventual inclusión de este tipo de cláusulas en un convenio internacional sobre agentes contaminantes orgánicos persistentes –los llamados POPs– que se encuentra en su fase final de negociación. A lo largo del año 1997 se están llevando a cabo consultas y negociaciones entre la OMC y el Órgano Ejecutivo del Convenio sobre contaminación atmosférica transfronteriza a larga distancia, en torno a la inclusión, ya prácticamente definitiva, de obligaciones restrictivas del comercio internacional en el Protocolo POPs de próxima adopción.

44. En efecto, las cuestiones ambientales han merecido la atención de varios acuerdos sustantivos integrados por la OMC. En esta investigación sólo se hace referencia a lo relativo al comercio de desechos como mercancías, sin perjuicio de que en otros ámbitos sustantivos de la OMC –como el acuerdo sobre barreras técnicas al comercio y en medidas sanitarias y fitosanitarias, el acuerdo en agricultura, y el acuerdo en subvenciones y medidas compensatorias, entre otros– se hayan incluido también referencias al medio ambiente.

45. En el Preámbulo del Acuerdo por el que se establece la OMC, las Partes reconocen “que sus relaciones en la esfera de la actividad comercial y económica deben tender a elevar los niveles de vida, a lograr el pleno empleo y un volumen



acorde con la tendencia ambientalista actual, los supuestos contemplados en el artículo XX del Acuerdo GATT como excepciones generales de relevancia para la protección del medio ambiente han permanecido invariados con respecto de la redacción del GATT original de hace cincuenta años. Así, el artículo XX del Acuerdo GATT de 1994 incluye dos excepciones de especial importancia por sus potenciales implicaciones en relación a la protección del medio ambiente. En primer lugar, el artículo XX.b) exceptúa las medidas "necesarias para proteger la salud y la vida de las personas y de los animales o para preservar los vegetales"; y, en segundo lugar, el artículo XX.g), las medidas "relativas a la conservación de los recursos naturales agotables, a condición de que tales medidas se apliquen conjuntamente con restricciones a la producción o al consumo nacionales."

Estas excepciones concretas han sido manejadas con suma cautela por los Estados Parte en el Acuerdo GATT a lo largo de su medio siglo de existencia. En general, se puede afirmar que este artículo ha sido sometido a una interpretación restrictiva, tanto por el escaso número de veces que se ha interpretado<sup>46</sup>, como por la lectura que se ha dado de su contenido<sup>47</sup>. En

considerable y en constante aumento de ingresos reales y demanda efectiva y a acrecentar la producción y el comercio de bienes y servicios, permitiendo al mismo tiempo la utilización óptima de los recursos mundiales de conformidad con el objetivo de un desarrollo sostenible y procurando proteger y preservar el medio ambiente e incrementar los medios para hacerlo, de manera compatible con sus respectivas necesidades e intereses según los diferentes niveles de desarrollo económico."

46. Las excepciones contenidas en el artículo XX.b) y g) han sido sometidas a interpretación, al menos, en siete ocasiones: 1) el caso de los tributos estadounidenses sobre ciertos hidrocarburos y productos químicos; 2) el caso de las restricciones tailandesas a las importaciones de cigarillos; 3) el caso de las medidas canadienses sobre las exportaciones de arenques y salmón no procesado; 4) el caso de las restricciones estadounidenses a las importaciones de atún y productos derivados del atún procedentes de Canadá; 5) el caso de las restricciones estadounidenses a las importaciones de atún mexicano; 6) el caso de los estándares estadounidenses para la gasolina reformulada y convencional; y 7) el caso de las restricciones estadounidenses a las importaciones de atún procedente de los Países Bajos. Para un estudio detallado del artículo XX y sus interpretaciones véase, por todos, R. HOUSMAN, B. VAN DYKE, "Trade principles relevant to multilateral environmental agreements", en R. HOUSMAN (Ed.), *The Use of Trade Measures in Select Multilateral Agreements*, UNEP Environment and Trade Series, num. 10, 1995, pp. 25-57.

47. En relación a las potenciales interpretaciones del artículo XX, véase R. HOUSMAN, D. ZAELEKE, "Trade, environment and sustainable development: a primer", *Hastings International and Comparative Law Review*, num. 15, 1992, pp. 535-547. Véase también, D. J. CALDWELL, "International environmental



última instancia, gran parte del debate actual entre el Acuerdo GATT y los tratados internacionales sobre el medio ambiente gira en torno a las posibilidades reales de las excepciones contenidas en el artículo XX del Acuerdo GATT de acomodar las medidas comerciales adoptadas en algunos tratados internacionales ambientales dentro de su contenido. En concreto, los aspectos más controvertidos son (1) la determinación de la arbitrariedad o justificación de una medida, (2) la determinación de los criterios aplicables para la calificación de una medida como restricción encubierta, y (3) a la consideración de la medida como necesaria o no.

A nivel institucional, el sistema GATT/OMC ha integrado las exigencias ambientales mediante el establecimiento de un organismo especializado en el sector ambiental dentro del organigrama institucional de la OMC. Al aprobarse el Acta Final de la Ronda Uruguay, los representantes de los Estados adoptaron también una Decisión sobre comercio y medio ambiente en la que se configuraba la creación de un Comité de Comercio y Medio Ambiente (COCOMA)<sup>48</sup>. Así, tras la entrada en vigor del Acuerdo constitutivo de la OMC el 1 de enero de 1995, su Consejo General, en virtud del artículo IV.7 del Acuerdo de la OMC, que permite a las Partes la creación de los comités que consideren apropiado, estableció el COCOMA<sup>49</sup>. Éste se puso en marcha con el mandato de considerar e informar al Consejo sobre cuestiones como (1) la relación entre las disposiciones del sistema multilateral de comercio –OMC y acuerdos sustantivos– y la transparencia de las medidas comerciales adoptadas por los Estados con una finalidad

agreements and the GATT: an analysis of the potential conflict and the role of a GATT “waiver” resolution”, *Maryland Journal of International Law and Trade*, num. 18, 1994, pp. 173.

48. La Decisión encomendaba al COCOMA dos objetivos específicos: 1) establecer la relación existente entre las medidas comerciales y las medidas ambientales con el fin de promover un desarrollo sostenible; y 2) hacer recomendaciones oportunas sobre si son necesarias modificaciones en esta materia en el sistema multilateral de comercio, compatibles con el carácter abierto, equitativo y no discriminatorio del sistema. Además, la Decisión enumera una serie no exhaustiva de aspectos concretos sobre los que podría centrarse el COCOMA de forma particular. Véase la Decisión sobre comercio y medio ambiente, *International Legal Materials*, num. 33, 1994, pp. 1267-1269.

49. Pueden participar en el COCOMA todos los Estados que son Parte en la OMC, los demás Estados signatarios del Acta Final de la Ronda Uruguay que sean Parte en el Acuerdo GATT de 1947, así como los demás Estados a los que se les reconozca la condición de observador. Para mayor información sobre el COCOMA y las reuniones que ha celebrado desde febrero de 1995, véase <http://www.wto.org>.

protectora del medio ambiente, (2) las limitaciones al comercio internacional de productos cuya comercialización esté prohibida o restringida en su lugar de origen, (3) la relación entre los mecanismos de solución de controversias del sistema comercial de la OMC y los mecanismos previstos en los tratados internacionales sobre el medio ambiente; (4) el efecto de las medidas ambientales en el acceso a mercados; (5) la relación entre las disposiciones del sistema OMC y las cargas y tributos nacionales aplicados con fines ambientales; y (6) las prescripciones técnicas nacionales relativas a productos, envases, embalajes, etiquetado y reciclado, aplicadas con fines ambientales<sup>50</sup>.

En el tema concreto de la relación entre las disposiciones comerciales contenidas en tratados internacionales sobre el medio ambiente —como el Convenio de Basilea— y el sistema multilateral del comercio gestionado por la OMC, el COCOMA ha desarrollado una labor intensa pero prudente y de discreto resultado hasta la fecha. En este sentido, es especialmente interesante destacar la significativa aproximación que se ha llevado a cabo entre las instituciones internacionales propias de cada tratado y la OMC. Las consultas mutuas a través de dictámenes no vinculantes y la presencia de observadores de la OMC en las negociaciones de tratados ambientales son ya una práctica común, de gran ayuda para evitar discrepancias y acercar posiciones<sup>51</sup>.

### 3. EL SISTEMA DEL CONVENIO DE BASILEA

Son varios y dispares los tratados internacionales que recurren a cláusulas restrictivas del libre comercio con el fin de lograr la protección óptima del medio ambiente, entendido éste en un sentido global<sup>52</sup>. Así, de entre los tratados internacionales que se han adoptado bajo los auspicios del PNUMA y que incluyen obligaciones restrictivas del comercio internacional destacan el

50. El COCOMA ha organizado sus trabajo en torno a estos puntos, respecto a alguno de los cuales se ha podido aprovechar de los debates que tuvieron lugar en el Grupo de Trabajo de Medidas Ambientales y Comercio Internacional del GATT. Véase Documento OMC PRESS/TE/014, de 18 de noviembre de 1996.

51. Véase *supra* nota 43.

52. Para un análisis exhaustivo de las motivaciones que impulsan la adopción de obligaciones restrictivas del comercio internacional véase S. CHARNOVITZ, "A taxonomy of environmental trade measures", *Georgetown International Environmental Law Review*, num. 6, 1993, pp. 1-38.

Convenio de Basilea de 1989 sobre movimientos transfronterizos de desechos peligrosos y su eliminación (Convenio de Basilea), como piedra angular de la reglamentación de los movimientos transfronterizos de desechos peligrosos, el Convenio de Washington de 1973 sobre el comercio internacional de especies amenazadas de fauna y flora silvestre<sup>53</sup> (Convenio CITES), y el Protocolo de Montreal de 1987 sobre sustancias que agotan la capa de ozono<sup>54</sup> (Protocolo de Montreal).

En materia de desechos peligrosos, el Convenio de Basilea aboga por limitar y controlar el comercio de ciertos productos como único mecanismo útil para prevenir los efectos perjudiciales que sobre el medio ambiente —e incluso sobre la salud humana— se pueden proyectar como consecuencia directa de dicho tráfico comercial. La relevancia del Convenio de Basilea para esta investigación no deriva tan sólo de su contenido obligacional sino que también de su condición de *spiritus rector* de un conjunto de tratados internacionales de alcance regional que se han adoptado en torno a la gestión internacional de los desechos peligrosos, y cuya característica común es la inclusión de obligaciones restrictivas de los movimientos transfronterizos de desechos peligrosos.

Así, la actual reglamentación internacional de los movimientos transfronterizos de desechos peligrosos está compuesta por una panoplia de (a) tratados internacionales de vocación universal como el Convenio de Basilea

53. Convenio de Washington de 3 de marzo de 1973 sobre el comercio internacional de especies amenazadas de fauna y flora silvestres. *International Legal Materials*, num 12, 1973, pp. 1085. *BOE* de 30 de julio de 1986. El texto en lengua española puede encontrarse en CEOTMA-CIFCA, *Calidad de Vida, Medio Ambiente y Ordenación del Territorio. Textos Internacionales*, Madrid, 1982, pp. 221-232. Véase D. S. FAVRE, *International Trade in Endangered Species. A Guide to CITES*, Martinus Nijhoff Publishers, London, 1989. Véase también, M. GLENNON, "Has international law failed the elephant?", *American Journal of International Law*, num. 84, 1990, pp. 1-43.

54. Protocolo de Montreal de 1987 sobre sustancias que agotan la capa de ozono, *International Legal Materials*, num. 26, 1987, pp. 1550. *BOE* de 17 de marzo de 1987. El texto del Protocolo en lengua inglesa, así como de las subsiguientes enmiendas adoptadas en Londres en 1990 y en Copenhague en 1992, pueden encontrarse en P. SANDS, et al., *Documents in International Environmental Law*, Manchester University Press, 1994, pp. 189-247. Véase J. KINDT, S. MENEFEE, "The vexing problem of ozone depletion in international law and policy", *Texas International Law Review*, num. 24, 1989, pp. 261-267. En relación al Convenio de Viena de 1985 para la protección de la capa de ozono, y al Protocolo de Montreal, véase M. CASTILLO, "La protección internacional del medio ambiente atmosférico: estado de la cuestión", *Revista de Derecho Ambiental*, num. 6, 1990, pp. 9-27.

de 1989 sobre el control de los movimientos transfronterizos de desechos peligrosos y su eliminación<sup>55</sup> y el Convenio del OIEA de 1997 sobre la gestión segura de desechos radiactivos<sup>56</sup>; (b) tratados internacionales de ámbito regional como el Convenio de Bamako de 1991 sobre el comercio internacional de desechos peligrosos en África<sup>57</sup>, el Acuerdo Centro-Americano de 1992 sobre movimientos transfronterizos de desechos peligrosos<sup>58</sup>, el Convenio de Waigani de 1995 sobre el tráfico internacional de residuos peligrosos en el Foro de Estados Insulares y en el área del Pacífico Sur<sup>59</sup> y el Protocolo de Izmir de 1996 relativo al tráfico internacional de desechos peligrosos en el área mediterránea<sup>60</sup>; (c) instrumentos jurídicamente vinculantes adoptados en

55. Convenio de Basilea sobre el control de los movimientos transfronterizos de desechos peligrosos y su eliminación, hecho en Basilea el 22 de marzo de 1989. BOE de 22 de septiembre de 1994.

56. Convención Conjunta del Organismo Internacional de la Energía Atómica (OIEA) de 5 de septiembre de 1997 sobre seguridad en la gestión del combustible gastado y sobre seguridad en la gestión de desechos radiactivos. Documento OIEA GOV/INF/821-GC (41)/INF/12, de 29 de septiembre de 1997.

57. El Convenio de Bamako fue adoptado en la Conferencia-Pan-Africana sobre Medio Ambiente y Desarrollo Sostenible que tuvo lugar en Bamako el 30 de abril de 1991 y entró en vigor el 21 de marzo de 1996. El texto del Convenio de Bamako sobre la prohibición de importar y el control en África de los movimientos transfronterizos y de la gestión de desechos peligrosos puede encontrarse en *International Legal Materials*, num. 30/3, pp. 775 y ss. Véase, J. W. DONALD, "The Bamako Convention as a solution to the problem of hazardous wastes exports to less developed countries", *Columbia Journal of Environmental Law*, num. 17/2, 1992, pp. 419-458. W. FILO JONES, "The Evolution of the Bamako Convention: an African perspective", *Colorado Journal of International Law*, num. 4, 1993, pp. 324-342. F. OUGUERGONZ, "The Bamako Convention on hazardous wastes: a new step in the development of African international environmental law", *African Yearbook of International Environmental Law*, num. 1, 1993, pp. 195-213.

58. Acuerdo de los Jefes de Gobierno del Istmo Centro-Americano sobre movimientos transfronterizos de residuos peligrosos, adoptado en Panamá el 11 de diciembre de 1992. Documento UNEP/CHW/C.I/INF.2, de octubre de 1997.

59. Convenio de Waigani de 1995 sobre la prohibición de las importaciones de desechos peligrosos y radiactivos en los países del Foro de Estados Insulares y sobre el control de los movimientos transfronterizos de desechos peligrosos y de su gestión en la Región del Pacífico Sur, adoptado en Papua Nueva Guinea el 16 de septiembre de 1995.

60. Protocolo de Izmir de 1996 sobre la prevención del Mar Mediterráneo causada por movimientos transfronterizos de desechos peligrosos y su eliminación. Documento UNEP(OCA)/MED/IG.9/3, de 1 de octubre de 1996. En relación a este instrumento véase, J. JUSTE, "Un nuevo instrumento del sistema de Barcelona para la protección del Mar Mediterráneo: el Protocolo sobre movimientos transfronterizos de residuos peligrosos y su eliminación", *Revista*

el seno de organizaciones internacionales como la OCDE y la Comunidad Europea<sup>61</sup>; y (d) tratados inclasificables como el Cuarto Convenio de cooperación de Lomé adoptado entre la Comunidad Europea y el grupo de países ACP<sup>62</sup>.

### 3.2. *Los aspectos generales del Convenio*

El Convenio de Basilea es el principal tratado internacional sobre movimientos transfronterizos de desechos peligrosos y su eliminación. Fue adoptado en el seno del Programa de Naciones Unidas para el Medio Ambiente (PNUMA) el 22 de marzo de 1989 y entró en vigor el 5 de mayo de 1992. España lo ratificó el 7 de febrero de 1994<sup>63</sup>.

En el proceso negociador del Convenio de Basilea se pusieron de manifiesto numerosos intereses contrapuestos. La bipolarización existente en el proceso negociador entre posturas ambientalistas y motivaciones económicas tenía su reflejo en la división existente entre países desarrollados y países en desarrollo. Así, *grosso modo*, el proceso negociador quedó dividido en dos propuestas distintas, los países en desarrollo defendieron la inclusión en el

*Española de Derecho Internacional*, 1997, pp. 371-378. V. BOU, "Prevention of pollution of the Mediterranean Sea area by transboundary movements of hazardous wastes and their disposal", *International Environmental Affairs*, 1998, en prensa. T. SCOVAZZI, "Thought provoking issues behind the Mediterranean hazardous wastes Protocol", *IJO Newsletter*, vol. 9, num. 1, pp. 14-16. P. CUBEL, "Transboundary movements of hazardous wastes in international law: the special case of the Mediterranean area", *International Journal of Marine and Coastal Law*, vol. 12, num. 4, 1997, pp. 447-487.

61. En relación a la acción normativa de la CE en esta materia véase, M. CAMPINS, *La Gestión de Residuos Peligrosos en la Comunidad Europea*, J.M. Bosch, Barcelona, 1994. O. SERRANO, "La libre circulación de residuos en la Comunidad: de regla general a excepción", *Comunicaciones al I Congreso Nacional de Derecho Ambiental*, 1996, pp. 247-254. Véase también, N. DE SADELEER, *Le droit communautaire et les déchets*, LGDJ, Bruselas, 1995.

62. Cuarto Convenio de Cooperación entre la Comunidad Europea y el grupo de países del espacio Africa-Caribe-Pacífico, adoptado en Lomé (Togo) el 15 de diciembre de 1989. Véase *International Legal Materials*, Num. 29, 1990, pp. 783. La versión en lengua española puede encontrarse en DOCE L 229, de 17 de agosto de 1991.

63. Instrumento de ratificación del Convenio de Basilea sobre el control de los movimientos transfronterizos de desechos peligrosos y su eliminación, hecho en Basilea el 22 de marzo de 1989. BOE de 22 de septiembre de 1994.

Convenio de una prohibición total de los movimientos transfronterizos de desechos peligrosos como único mecanismo preventivo válido frente a los riesgos para el medio ambiente y la salud humana inherentes en este tipo de movimientos, mientras que los países desarrollados defendieron una prohibición limitada de los mismos en defensa de sus connotaciones comerciales, siendo finalmente esta última la que prevalecería.

El complejo proceso negociador y el confuso tenor de alguna de las obligaciones contenidas en el Convenio, así como la negativa por parte de ciertas potencias a firmar el texto del Convenio en el momento de su adopción, no auguraban un respuesta rápida por parte de la comunidad internacional para iniciar el proceso de ratificación. Sin embargo, se produjo un espectacular incremento del número de firmas y de ratificaciones en un corto periodo de tiempo. Tan sólo tres años después de su adopción, el Convenio entró en vigor el 5 de mayo de 1992, al haber sido ratificado por veinte Estados. Además, a fecha de 23 de octubre de 1997, ciento trece Estados, además de las Comunidades Europeas, habían ratificado, accedido o aprobado el Convenio.

El Convenio de Basilea tiene como objeto específico la regulación de los movimientos transfronterizos de desechos peligrosos y de su eliminación, para evitar que causen daños a la salud humana y al medio ambiente. En relación al concepto de movimiento transfronterizo de desechos peligrosos es necesario realizar ciertas matizaciones:

1) El Convenio de Basilea contiene una definición de movimiento transfronterizo que ya es clásica en Derecho internacional del medio ambiente. El Convenio es de aplicación a los "movimientos de desechos peligrosos o de otros desechos" procedentes de "una zona sometida a la jurisdicción nacional de un Estado y destinado(s) a una zona sometida a la jurisdicción nacional de otro Estado, o a través de esta zona, o a una zona no sometida a la jurisdicción nacional de ningún Estado, o a través de esta zona, siempre que el movimiento afecte a dos Estados por lo menos"<sup>64</sup>.

En relación a esta definición hay que realizar dos precisiones. Primero, para considerar al movimiento como transfronterizo no se tiene en cuenta el concepto de territorio, sino que se toma como referencia el concepto de "zona sometida a la jurisdicción de un Estado." De esta forma, se toman en consideración las competencias del Estado en zonas no terrestres tales como el mar territorial, la zona contigua, la zona económica exclusiva y el espacio ultra-

64. Art. 2.3 del Convenio de Basilea.

terrestre. Segundo, el Convenio limita su aplicabilidad a los movimientos transfronterizos en los que, al menos, estén involucrados dos Estados, quedando, así, excluidas aquéllas exportaciones cuyo destino directo sea una zona no sometida a la jurisdicción nacional de ningún Estado; como e.g. el alta mar<sup>65</sup>.

2) El Convenio de Basilea contiene una definición de desechos peligrosos, a los efectos de su aplicabilidad, que es bastante amplia y problemática. En el momento presente, el Convenio es de aplicación a dos categorías de desechos: desechos peligrosos y otros desechos<sup>66</sup>.

A su vez, la categoría de “desechos peligrosos” se identifica por dos vías complementarias. De un lado, se consideran desechos peligrosos, a los efectos del Convenio, los desechos que, estando enumerados en el Anexo I –correspondiente a las “categorías de desechos que hay que controlar”<sup>67</sup>– presenten alguna de las características descritas en el Anexo III –correspondiente a la lista de “características peligrosas”<sup>68</sup>. Si los desechos en cuestión únicamente presentan alguna característica de uno solo de estos anexos, no tendrán en principio consideración de desechos peligrosos. De otro lado, para los supuestos en que los desechos no sean considerados peligrosos a la luz de los anexos, el Convenio dispone que se atenderá a los dispuesto en las legis-

65. No obstante, otros instrumentos jurídicos internacionales podrían ser aplicables para los movimientos excluidos. Así, podría ser de aplicación general el nuevo Protocolo de 1996 al Convenio de Londres de 1972 sobre prevención de la contaminación marina provocada por vertimientos y desechos y otras materias. El texto de este Protocolo puede encontrarse en el Documento LC/SM1/DC.4, de 7 de noviembre de 1996. Este Protocolo sustituirá, cuando entre en vigor, al Convenio de Londres de 1972. Básicamente, el nuevo Protocolo contiene, en su art. 6, una prohibición general de los vertimientos de desechos en el medio marino –con algunas excepciones en forma de lista inversa–, así como de la incineración en el mar de los mismos desechos e, incluso, de su exportación a otros países para destinar los desechos a los mismos fines. Véase, J. JUSTE, “The 1996 Protocol Amending the London Dumping Convention 1972”, *IJO Newsletter*, vol. 9, num. 1, 1997, pp. 16-19.

66. Art. 1 del Convenio de Basilea en torno al alcance del Convenio.

67. Las categorías de desechos que hay que controlar se definen en dos subcategorías de igual valor: “corrientes de desechos” –e.g. desechos resultantes de la producción, preparado y utilización de resinas, látex, plastificantes o colas y adhesivos– y “desechos que tengan como constituyentes” –e.g. compuestos inorgánicos de flúor, con exclusión del fluoruro cálcico.

68. Esta lista incluye características como la explosividad o la toxicidad. Cada característica de peligrosidad corresponde al sistema de numeración de clases de peligros de las recomendaciones de las Naciones Unidas sobre el transporte de mercaderías peligrosas. Documento ONU ST/SG/AC.10/1/Rev.5.



laciones nacionales de los Estados involucrados en el movimiento. Es decir, el Convenio considera desechos peligrosos a los desechos que el Estado de exportación, importación o tránsito considere peligrosos a la luz de su normativa interna. Sin embargo, para que esta disposición se haga efectiva, los Estados involucrados deben haber remitido a la Secretaría del Convenio la información correspondiente a la normativa interna que determina la peligrosidad de esos residuos<sup>69</sup>.

La categoría de “otros desechos” aparece descrita en el anexo II bajo la rúbrica de “categorías de desechos que requieren una consideración especial.” Los residuos en él comprendidos se someterán a la regulación del Convenio siempre que sean objeto de movimiento transfronterizo. Esta categoría de desechos, en definitiva, comprende los “desechos recogidos de los hogares” y los “residuos<sup>70</sup> resultantes de la incineración de desechos de los hogares”<sup>71</sup>.

En cualquier caso, el Convenio recoge dos excepciones a la definición de desechos peligrosos: 1) los desechos que, por ser radiactivos estén ya cubiertos por otro instrumento internacional de forma específica; y 2) los desechos derivados de las operaciones normales de los buques, cuya descarga esté regulada por otro instrumento internacional<sup>72</sup>.

69. Véanse los art. 1 y 3 del Convenio de Basilea.

70. De forma sorprendente, el Convenio alterna aquí la terminología empleada y hace referencia a los “residuos” en lugar de los “desechos” sin motivo o explicación aparente.

71. La inclusión de estos desechos bajo la cobertura de los desechos peligrosos resulta criticable. Y ello, ya no tanto por la discusión relativa a si los comunmente conocidos en España como residuos sólidos urbanos deben o no ser sometidos al mismo tipo de restricciones que los tóxicos y peligrosos, sino por la realidad de que dicha inclusión se ha realizado de forma parcial y deficiente sin dejar bien claro si bajo dicha condición se comprenden las aguas residuales y los residuos procedentes del sector servicios y, más alarmantemente, sin especificar la condición de los residuos de instalaciones y polígonos industriales asimilables a los urbanos.

72. Art. 1.3 y 1.4 del Convenio de Basilea. Véase J. JUSTE, “La regulación internacional de los movimientos transfronterizos de desechos y otras materias peligrosas”, *Anuario Hispano-Luso-Americano de Derecho Internacional*, vol. XII, 1995, pp. 64. “La exclusión de los movimiento de desechos derivados de operaciones normales de los buques, cubiertos por el Convenio MARPOL 73/78, parece razonable y plausible. Pero la exclusión de los movimientos de desechos radiactivos, que en la época de la adopción del Convenio de Basilea constituía todavía una cuestión sin resolver en los diversos foros internacionales, obedece más a razones políticas que a justificaciones estrictamente jurídicas”. Afortunadamente, se adoptó en septiembre de 1997 en el seno de la OIEA un convenio internacional sobre la gestión de combustible nuclear gastado y otros residuos



### 3.2. *Los principios fundamentales del Convenio*

La regulación sustantiva del Convenio de Basilea se fundamenta en los siguientes principios: 1) el principio de “minimización”, según el cual la generación de desechos debe ser reducida al mínimo desde el punto de vista de la cantidad y de sus peligros potenciales; 2) en el principio de proximidad, según el cual los desechos deben ser eliminados tan cerca como sea posible de su lugar de generación; 3) el principio de la gestión ambientalmente racional de los desechos, según el cual los Estados deben adoptar todas las medidas posibles para garantizar que los desechos peligrosos y otros desechos se manejan de manera que queden protegidos el medio ambiente y la salud humana contra los efectos nocivos que puedan derivarse de tales residuos; y 4) en el principio del consentimiento informado previo, según el cual ningún Estado permitirá la exportación de desechos peligrosos a otro Estado que no haya prestado su consentimiento en la forma reglada por el propio Convenio<sup>73</sup>.

De esta forma, el contenido obligatorio del Convenio se caracteriza por las siguientes notas. Primero, el Convenio contiene una regulación detallada de las condiciones mínimas que todos los movimientos transfronterizos de desechos peligrosos han de cumplir. De entre sus obligaciones básicas, hay tres que merecen una breve mención: 1) las Partes tienen la obligación de respetar las prohibiciones de importaciones de desechos que hayan podido adoptar ciertos Estados; es importante destacar que el Convenio reconoce de forma expresa el derecho de todo Estado a prohibir la entrada<sup>74</sup> o la eliminación de desechos peligrosos y otros desechos ajenos en su territorio<sup>75</sup>; 2) las Partes tienen la obligación de establecer una autoridad nacional competente para controlar los movimientos transfronterizos<sup>76</sup>; 3) el Estado Parte expor-

radiativos que, de forma tangencial, regula los movimientos transfronterizos de los desechos radiactivos. *Supra* nota 56.

73. Art. 4.1.c. del Convenio de Basilea.

74. Nótese que el término “entrada” se interpreta de forma restrictiva. No se incluyen los supuestos de tránsito de desechos peligrosos por las zonas sometidas a la jurisdicción de un Estado Parte.

75. Véanse los art. 4.1.a) y 4.2.e) del Convenio de Basilea. Además, el para. 6 del Preámbulo reconoce plenamente que “todo Estado tiene el derecho soberano de prohibir la entrada o la eliminación de desechos peligrosos y otros desechos ajenos en su territorio.”

76. Véase, P. CUBEL, “El procedimiento de control de las exportaciones e importaciones de desechos peligrosos a la luz de las obligaciones contraídas por

tador siempre tiene la responsabilidad sobre los desechos peligrosos objeto del movimiento transfronterizo<sup>77</sup>. Segundo, promueve la adopción de normas regionales<sup>78</sup>. Tercero, establece un mecanismo institucional y financiero con funciones de coordinación para desarrollar la regulación sustantiva del Convenio, revisar la eficacia del mismo y supervisar su cumplimiento<sup>79</sup>.

La divergencia existente entre países que abogan por una regulación estricta que prohíba totalmente los movimientos transfronterizos de desechos peligrosos –liderados por los países en desarrollo– y los países que abogan

España en tratados internacionales”, *Comunicaciones al II Congreso Nacional de Derecho Ambiental*, Valencia, abril 1997, en prensa.

77. El Convenio de Basilea refleja el consenso de la comunidad internacional en que el Estado de exportación debe ser el responsable de los desechos peligrosos hasta su destino final. El Convenio afirma en su art. 4.10 que “en ninguna circunstancia podrá transferirse a los Estados de importación o de tránsito la obligación que incumbe, con arreglo a este Convenio, a los Estados en los cuales se generan desechos y otros desechos de exigir que tales desechos sean manejados en forma ambientalmente racional.” Efectivamente, del conjunto del Convenio y de su art. 9.2, en particular, se desprende la idea de que es el Estado de exportación el que tendría que hacerse cargo de los desechos en un supuesto de tráfico ilícito. No obstante, el mismo art. 9.4 del Convenio de Basilea contiene una fisura fatal para la efectiva aplicación de este principio de responsabilidad. De acuerdo con esta disposición, “cuando la responsabilidad por el tráfico ilícito no pueda atribuirse al exportador o generador ni al importador o eliminador, las Partes interesadas u otras Partes, según proceda, cooperaran [sic] para garantizar que los desechos de que se trate se eliminen lo antes posible de manera ambientalmente racional en el Estado de exportación, en el Estado de importación o en cualquier otro lugar que sea conveniente.” A la vista de esta cláusula abierta, es razonable pensar que puede constituir una escapatoria para los supuestos en los que sea muy costoso determinar la responsabilidad, es decir, en muchos de los casos de accidentes.

78. La principal manifestación de apoyo a los tratados regionales se encuentra en el artículo 11 del Convenio, según el cual el Convenio de Basilea no será de aplicación a las exportaciones que tengan lugar entre países que hayan adoptado un tratado regional específico y siempre que éste estipule disposiciones “que no sean menos ambientalmente racionales que las previstas” en el Convenio de Basilea.

79. El Convenio de Basilea está estructurado en torno a dos organismos básicos: la Conferencia de las Partes y la Secretaría del Convenio. Según el art. 15, la Conferencia de las Partes está compuesta por representantes de todos los Estados Parte en el Convenio. Sus competencias incluyen la revisión continua de la ejecución del Convenio, la promoción de políticas armonizadoras y el debate y adopción de enmiendas al Convenio. La Secretaría del Convenio de Basilea es la institución responsable de los “cuidados domésticos” del Convenio –básicamente, cuestiones burocráticas y administrativas. Ello incluye labores de coordinación, transmisión de información y deberes de promoción de la ejecución del Convenio y de mayor desarrollo del mismo.

por una prohibición limitada que estimule el control y la reducción pero que permita los movimientos bajo ciertos mecanismos de control –encabezados por ciertos países desarrollados como Australia, Canadá, y Alemania– ha marcado de forma decisiva la evolución del Convenio desde su gestación hasta el momento presente.

En la actualidad, la delimitación de los derechos y obligaciones aplicables es confusa y susceptible de distintas interpretaciones. Efectivamente, en su redacción original, el Convenio no contempla más que una prohibición parcial de los movimientos transfronterizos de desechos peligrosos entre los Estados que son Parte: las exportaciones de desechos peligrosos debían ser limitadas y sometidas a controles rigurosos según los mecanismos previstos en el Convenio, pero no prohibidas con carácter general. Entre Estados Parte, el Convenio sólo permite los movimientos como casos excepcionales en determinadas situaciones y bajo control. El comercio de residuos peligrosos con Estados que no fuesen Parte en el Convenio queda prohibido desde un primer momento, con la salvedad de los acuerdos particulares que pueda alcanzar un Estado Parte con un no-Parte estableciendo criterios más protectores para el medio ambiente que los contenidos en el propio Convenio de Basilea<sup>80</sup>.

No obstante, la Segunda Conferencia de las Partes<sup>81</sup> adoptó en 1994, entre otras, la Decisión II/12 por la que se prohibían con carácter inmediato todos los movimientos transfronterizos de desechos peligrosos destinados a su eliminación final de países de la OCDE y países de la CE a países que no perteneciesen a ninguna de ambas organizaciones. Además, esta misma Decisión dispuso la disminución gradual de movimientos transfronterizos de desechos peligrosos destinados a operaciones de reciclado o recuperación de

80. La ausencia de una delimitación clara de los criterios de compatibilidad entre estos acuerdos que se celebren a la luz del art. 11 y el contenido del Convenio de Basilea representa un peligro manifiesto para la efectividad de este último.

81. Las Decisiones de esta Segunda Reunión de la Conferencia de las Partes en el Convenio de Basilea sobre el Control de los Movimientos Transfronterizos de Desechos Peligrosos y su Eliminación, de 22 de marzo de 1994 pueden consultarse junto a las Decisiones de la Primera Reunión de la Conferencia de las Partes en el Convenio de Basilea sobre el Control de los Movimientos Transfronterizos de Desechos Peligrosos y su Eliminación, de 4 de diciembre de 1992, en Documento UNEP/SBC/94/3, de junio de 1994.

países de la OCDE y la CE a países que no fuesen miembros de ninguna de las dos organizaciones, con la fecha límite del 31 de diciembre de 1997<sup>82</sup>.

Un año más tarde, en 1995, la Tercera Conferencia de las Partes<sup>83</sup> adoptó, entre otras, la Decisión III/I, la cual formaliza el contenido de la Decisión II/12 en forma de enmienda. Mediante la Decisión III/I se introduce un nuevo artículo 4A —que reproduce con ciertos matices la Decisión II/12— y un nuevo párrafo en el Preámbulo del Convenio<sup>84</sup>.

82. Si bien es cierto que el contenido de esta Decisión es claro, su naturaleza jurídica y su vinculatoriedad fueron objeto de debate. Para un interesante análisis de la Decisión II/12 véase, J. PUCKETT, "La explicación de la resolución de la prohibición de Basilea", Boletín Greenpeace El Tráfico Tóxico, num. 7.1, 1994, pp. 7-8. Ciertamente, la Decisión II/12 puede encajarse en el concepto ya clásico de *soft law*. Véase, P. M. DUPUY, "Soft Law and the International Law of the Environment", *Michigan Journal of International Law*, num. 12, 1991, pp. 420 y ss. Véase también, A. AUST, "The theory and practice of informal international instruments", *International and Comparative Law Quarterly*, num. 35, 1986, pp. 787-812. "The distinction between a treaty which contains legal rights and obligations, and an informal instrument which can give rise to legal consequences, is admittedly rather fine." Véase también el análisis del *soft law* en el contexto del derecho internacional económico en, I. SEIDL-HOHENVELDERN, "International economic soft law", *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International*, num. 163, 1979, pp. 173-225.

83. Tercera Reunión de la Conferencia de las Partes en el Convenio de Basilea sobre el Control de los Movimientos Transfronterizos de Desechos Peligrosos y su Eliminación, 22 de septiembre de 1995. Documento UNEP/CHW.3/35.

84. "Reconociendo que los movimientos transfronterizos de los desechos peligrosos, en particular hacia países en desarrollo, presentan un elevado riesgo de no ser compatibles con el manejo ambientalmente racional de los desechos peligrosos que prescribe el Convenio;

Insértese el siguiente nuevo artículo 4 A:

1. Cada Parte incluida en la lista que figura en el anexo VII [Partes y otros Estados que son miembros de la OCDE, la CE, Liechtenstein] prohibirá todos los movimientos transfronterizos de desechos peligrosos destinados a operaciones previstas en el anexo IV A [operaciones que no pueden conducir a la recuperación de recursos, el reciclado, la regeneración, la reutilización directa u otros usos], hacia Estados no incluidos en la lista que figura en el anexo VII;

2. Cada Parte incluida en la lista que figura en el anexo VII reducirá gradualmente, y prohibirá a partir del 31 de diciembre de 1997, todos los movimientos transfronterizos de desechos peligrosos descritos en el inciso a) del apartado I) del párrafo 1 del Convenio destinados a operaciones previstas en el anexo IV B [Operaciones que pueden conducir a la recuperación de recursos, el reciclado, la regeneración, la reutilización directa u otros usos], hacia Estados no incluidos en la lista que figura en el anexo VII. Solo se prohibirán esos movimientos con arreglo a las disposiciones del Convenio."

En todo caso, la enmienda de la Decisión III/1 entrará formalmente en vigor el nonagésimo día después de la fecha en que el depositario haya recibido el instrumento de aceptación formal por tres cuartos de las Partes. En el momento presente, únicamente Finlandia, Noruega, Luxemburgo y España han ratificado la enmienda. Por tanto, aunque la enmienda se ha adoptado, ésta no ha entrado aún en vigor al no haberse alcanzado el número necesario de ratificaciones<sup>85</sup>.

### 3.3. *Las obligaciones restrictivas del comercio internacional contenidas en el Convenio*

El Convenio de Basilea contiene varias disposiciones en relación directa con el principio de la libre circulación de mercancías y, por ende, con los principios contenidos en el Acuerdo GATT. La primera de ellas hace referencia a obligación de no autorizar exportaciones ni importaciones de desechos peligrosos con Estados no-Parte en el Convenio; la segunda disposición reconoce el derecho de todos los Estados Parte a prohibir las importaciones de desechos peligrosos en zonas sometidas a su jurisdicción; mientras que la tercera hace referencia a la obligación de los Estados Parte de prohibir las exportaciones a países que no pertenezcan a la OCDE, la CE y que no sea Liechtenstein.

85. En esta fase de *impasse* se está produciendo una situación muy peculiar pues, ciertos Estados que tradicionalmente han demostrado una actitud muy conservadora en relación a la evolución del Convenio, es decir, países industrializados como Canadá y Australia entre otros, en connivencia con grupos de presión del sector industrial, pretenden desnaturalizar la enmienda redefiniendo el concepto de desecho peligroso. Pese a que el tenor literal de la enmienda no vincula su contenido a la redefinición del concepto de desechos peligroso que está realizando un Grupo Técnico de Trabajo, parece que ya hay un consenso tácito de no generalizar el proceso ratificador hasta que dicho Grupo Técnico acabe con su nueva definición de desechos peligrosos. No sería extraño que, tras la eventual aprobación de una nueva definición de "desechos peligrosos" en la Cuarta Conferencia de las Partes a celebrar en Malasia a principios de 1998, se incrementase significativamente el número de ratificaciones de la enmienda.

A) *La obligación de no autorizar exportaciones ni importaciones de desechos peligrosos con Estados no-Parte en el Convenio*

Según el artículo 4.5 del Convenio de Basilea, “ninguna Parte permitirá que los desechos y otros desechos se exporten a un Estado que no sea Parte o se importen de un Estado que no sea Parte”. Esta disposición de incentivo<sup>86</sup>, persigue la consecución de tres objetivos: 1) evitar que los Estados Parte escapen del cumplimiento de las condiciones establecidas en el Convenio de Basilea; 2) estimular la afiliación del mayor numero posible de Estados al Convenio, al condicionar las prácticas exportadoras –de sucumento rendimiento económico– a la aceptación del contenido del Convenio; y 3) evitar la proliferación de Estados *free riders*, caracterizados por no asumir los compromisos acordados en tratados internacionales sobre el medio ambiente pero que, sin embargo, obtienen el beneficio directo de la consecución de los objetivos de los mismos.

Esta disposición puede plantear ciertos problemas de discriminación en relación a determinados Estados. En efecto, en una situación en la que tres Estados, A, B y C, son Parte de la OMC y solo dos de ellos, A y C, lo sean del Convenio de Basilea, se puede dar una situación discriminatoria en relación al Estado B. De acuerdo con el artículo 4.5, el Estado A se abstendrá de comerciar desechos peligrosos –pensemos en desechos de alta rentabilidad como la escoria de acereria o en desechos de gran toxicidad como son los desechos hospitalarios citostáticos– con el Estado B, mientras que mantiene su nivel de intercambio comercial con el Estado C. Parece evidente que dicha situación es difícilmente reconciliable con el principio de nación más favorecida consagrado en el artículo I del Acuerdo GATT, pues el Estado A no puede, a la luz del Convenio de Basilea, extender las mismas condiciones a los Estados B y C.

86. En relación al mecanismo del incentivo negativo véase P. H. SAND, *Lessons learned in global environmental governance*, World Resources Institute, Washington D.C., 1990, pp. 6-8. “In environmental treaty bargaining, the selective incentives commonly used are acces to funding, acces to resources, acces to markets, and acces to technology.”

**B) *El derecho de las Partes a prohibir la importación de desechos peligrosos en zonas sometidas a su jurisdicción***

El Preámbulo del Convenio de Basilea reconoce forma expresa el derecho soberano que todo Estado tiene de prohibir la entrada o la eliminación de desechos peligrosos y otros desechos ajenos en su territorio<sup>87</sup>. Para que esta prohibición pueda desarrollar todos sus efectos y que, por lo tanto, otro Estado quede vetado de siquiera pedirle autorización para una potencial importación de desechos peligrosos, el Estado que pretende adoptar la prohibición debe proceder según el cauce reglado en el propio Convenio de Basilea<sup>88</sup>. Así, las Partes que ejerzan su derecho a prohibir la importación de desechos peligrosos y otros desechos deben hacerlo a través de la Secretaría del Convenio según el procedimiento estipulado en los artículos 4.1.a) y 13 del Convenio; cuando un Estado Parte quiera prohibir las importaciones de desechos peligrosos deberá adoptar una prohibición general y comunicar a la Secretaría las decisiones que haya tomado de no autorizar, total o parcialmente, las importaciones de desechos peligrosos u otros desechos<sup>89</sup>.

De esta forma, en un caso en el que cuatro Estados A, B, C y D son Parte en la OMC pero sólo tres de ellos, A, B y C lo son del Convenio de Basilea y uno de ellos, A, adopta una prohibición nacional de importar residuos para su eliminación de los Estados C y D, y así lo comunica de acuerdo con el procedimiento previsto en las disposiciones del Convenio de Basilea se produciría una discriminación manifiesta de estos Estados en relación a la situación del Estado B a la luz del principio de nación más favorecida consagrado en el marco institucional de la OMC donde todos ellos son Parte. Parece claro, que el Estado C, aun siendo discriminado, puede acatar el compromiso adquirido al manifestar su consentimiento para vincularse por el Convenio de Basilea y asumir la situación bajo el régimen de este Convenio. Sin embargo, el Estado D observa como, no siendo Parte

87. Véase el párrafo 6 del Preámbulo del Convenio de Basilea.

88. Según el artículo 4.1.b) "las Partes prohibirán o no permitirán la exportación de desechos peligrosos y otros desechos a las Partes que hayan prohibido la importación de esos desechos, cuando dicha prohibición se les haya comunicado de conformidad con el apartado a) de este artículo."

89. Véanse el artículo 4.1.a y 4.1.b en relación al artículo 13.1.c y d. Obsérvese como el texto del Convenio matiza en los artículos 4.1.a y 13.1.c que las prohibiciones respectivas a la importación serán factibles en los supuestos de movimientos transfronterizos destinados a su eliminación. Parece que se deja así la vía expedita a los movimientos de desechos para operaciones de reciclado.

en el Convenio de Basilea, es discriminado del mercado de eliminación de desechos del Estado A en detrimento de su derecho adquirido en el artículo I del Acuerdo GATT que es, en definitiva, vinculante para todos los Estados implicados al ser todos éstos Estados Parte en la OMC.

C) *La obligación de prohibir las exportaciones de países de la OCDE, CE y Liechtenstein a otros países*

Efectivamente, por la Decisión III/1, la Tercera Reunión de la Conferencia de las Partes del Convenio de Basilea adoptó una enmienda al Convenio de Basilea consistente en la introducción en el texto de un nuevo párrafo<sup>90</sup> en el Preámbulo del Convenio y de un nuevo artículo 4A cuyo efecto inmediato es la prohibición de los movimientos transfronterizos de desechos peligrosos de países desarrollados a países en desarrollo. Esta nueva disposición contiene la obligación de prohibir todos los movimientos transfronterizos de desechos peligrosos de países del Anexo VII de la enmienda –países de la OCDE, la CE, Liechtenstein<sup>91</sup>– a otros países, con carácter inmediato para los movimientos destinados a operaciones de eliminación y con fecha de 31 de diciembre de 1997 para los movimientos

90. “Reconociendo que los movimientos transfronterizos de los desechos peligrosos, en particular hacia países en desarrollo, presentan un elevado riesgo de no ser compatibles con el manejo ambientalmente racional de los desechos peligrosos que prescribe el Convenio.” Véase la Decisión III/1 adoptada en la Tercera Reunión de la Conferencia de las Partes en el Convenio de Basilea. Documento UNEP/CHW.3/35, de 28 de noviembre de 1995. Véase *supra* nota 84.

91. Cabe apuntar, que la ausencia de la conjunción “y” en la enumeración de Estados pertenecientes al privilegiado Anexo VII de la Enmienda adoptada por la Decisión III/1 no fue casual sino intencionada para de alguna forma evitar posibles críticas por discriminación. Efectivamente, la adopción del criterio de la pertenencia a la OCDE, y la CE como punto de inflexión para dividir en compartimentos estancos el mercado internacional de desechos, reciclables o no, fue en su día, y sigue siendo en la actualidad, un criterio discutido y controvertido. La ausencia de la conjunción “y” en dicho Anexo parece dejar el camino libre a cualquier incorporación posterior. Así, sin que se sepa bien a estas alturas a que criterios debe responder dicha incorporación, la realidad demuestra que muchos Estados consideran reunir las mismas garantías de seguridad que los Estados ya incluidos y así han solicitado la consideración por parte de la Cuarta Conferencia de las Partes del Convenio de Basilea de una enmienda de la Decisión III/1 para incluir nuevos países. Véanse las propuestas de enmienda presentadas por Mónaco e Israel en Doc. UNEP/CHW/C.1/3/13, de 15 de mayo de 1997.



destinados a operaciones de reciclado. Esta enmienda aún no ha entrado en vigor<sup>92</sup>.

En efecto, son varios los conflictos potenciales que plantea esta enmienda en relación al Acuerdo GATT; en concreto, en relación al principio de nación más favorecida del artículo I, y a la prohibición de las restricciones cuantitativas del artículo XI. La entrada en vigor de la enmienda al Convenio de Basilea puede provocar serios conflictos debido a la gran variedad de situaciones que se pueden plantear. Así, la enmienda segmentará la comunidad internacional en, al menos, seis categorías de Estados, asumiendo que todos ellos sean Estados Parte de la OMC:

- Estados que, siendo del Anexo VII (países de la OCDE, CE, Liechtenstein) sean miembros del Convenio de Basilea y hayan ratificado la enmienda;
- Estados que, siendo del Anexo VII sean miembros del Convenio de Basilea, y que no hayan ratificado la enmienda;
- Estados que, siendo del anexo VII, no sean miembros del Convenio de Basilea;
- Estados que, no siendo del Anexo VII, sean miembros del Convenio de Basilea y hayan ratificado la enmienda;
- Estados que, no siendo del Anexo VII, sean miembros del Convenio de Basilea pero que no hayan ratificado la enmienda; y
- Estados que, no siendo del Anexo VII, no sean Parte del Convenio de Basilea.

En este contexto, la entrada en vigor de la enmienda reforzará el principio de las relaciones *inter-partes* del artículo 4.5 ya analizado y además obligará a ciertos Estados a adoptar nuevas medidas discriminatorias. Los Estados del Anexo VII que hayan ratificado la enmienda –como España– deberán prohibir todas las exportaciones de desechos peligrosos a los Estados que no sean del Anexo VII, hayan éstos ratificado o no la enmienda, y sean o

92. En relación a la entrada en vigor de las enmiendas, véase el artículo 17.5 del Convenio de Basilea. Nótese que el artículo 17 ha planteado problemas de interpretación debido a las discrepancias que existen entre los textos en lengua inglesa, francesa y española. Véanse también las disparidades existentes entre los artículos 6.4 y 7 del Convenio de Basilea en las mismas lenguas mencionadas. La discrepancia del artículo 7 ha sido ya corregida en el texto en lengua inglesa por el depositario, si bien la corrección no parece que será incorporada al texto oficial distribuido por la Secretaría del Convenio hasta que se celebre la Cuarta Conferencia de las Partes que tendrá lugar en Malasia a principios de 1998.

no Parte del Convenio de Basilea. Así, estos Estados del Anexo VII que hayan ratificado la enmienda y cumplan con su contenido, violarán, cuanto menos, el principio de nación más favorecida del artículo I del GATT al no aplicar las mismas condiciones comerciales a los Estados del Anexo VII que a los Estados que no pertenecen a dicho Anexo<sup>93</sup>. De igual forma parece que el precepto en cuestión viola otro principio del Acuerdo GATT, el principio de eliminación de las restricciones cuantitativas contenido en el artículo XI del Acuerdo GATT.

Imaginemos pues la situación de un Estado A, que es Parte de la OMC y del Convenio de Basilea, y en cumplimiento de la enmienda a este último, prohíbe las exportaciones de papel usado –desecho peligroso a los efectos del Convenio de Basilea– al Estado B, que es miembro de la OMC pero no lo es ni del Convenio de Basilea ni de la OCDE, pues es un país en desarrollo de escasa industrialización. Al mismo tiempo, el Estado A continúa con normalidad sus relaciones comerciales con el Estado C, que siendo también un Estado de la OMC, es un Estado de la OCDE Parte en el Convenio de Basilea. Como es de suponer, el Estado B puede sentirse discriminado en sus relaciones con A al comparar la situación de C.

#### 4. LA IDENTIFICACIÓN Y LA SOLUCIÓN DE LAS POSIBLES CONTROVERSIAS: UN SUPUESTO PRÁCTICO

El significativo incremento del número de transacciones comerciales internacionales de desechos que se ha producido en los últimos tiempos<sup>94</sup>, de

93. Como se puede observar, los resultados discriminatorios no son diferentes a los alcanzados mediante la aplicación del artículo 4.5 del Convenio de Basilea. En efecto, la diferencia se plantea en la base jurídica empleada para violar el mismo precepto del Acuerdo GATT.

94. Este incremento del flujo comercial internacional de desechos encuentra en gran medida su explicación en el apoyo a los mercados de desechos prestado por las administraciones públicas. Ciertas actuaciones administrativas como el fomento de bolsas de gestión de desechos tienen como objetivo la activación de las connotaciones comerciales de los desechos para, en último término, promocionar la reutilización y/o reciclado de los mismos, en perjuicio de operaciones más lesivas para el medio ambiente como la eliminación final mediante vertimiento o incineración. En este sentido es especialmente destacable el Plan Cameral de Medio Ambiente adoptado en España en 1988 por parte de las Cámaras de Comercio e Industria, que recogía la creación de bolsas de gestión de desechos

un lado, y la coexistencia de una dualidad de marcos normativos de referencia, comercial y ambiental, para el comercio internacional de desechos peligrosos, de otro lado, generan un clima caracterizado por la inseguridad jurídica. La inestabilidad existente tiene una repercusión directa sobre los operadores económicos del comercio internacional de desechos y una repercusión indirecta sobre los ciudadanos al generar un clima favorecedor del incumplimiento del régimen jurídico establecido por el Convenio de Basilea, el cual, no lo olvidemos, tiene como objetivo proteger la salud humana y el medio ambiente de los riesgos inherentes a todo movimiento transfronterizo de desechos peligrosos.

4.1. *Las posibles controversias entre Estados en torno a la aplicación de las obligaciones comerciales y ambientales conflictivas en materia de movimientos transfronterizos de desechos peligrosos*

Desde una visión global, son diversas las situaciones que se pueden plantear entre Estados según su pertenencia a la OMC, al Convenio de Basilea, así como a su enmienda de 1995. Se dan seis tipos según su afiliación a uno u otro tratado:

- Estado A: Estado que es Parte en la OMC.
- Estado B: Estado que es Parte del Convenio de Basilea.
- Estado C: Estado que es Parte del Convenio de Basilea, y además ha ratificado la enmienda.
- Estado D: Estado que es Parte de la OMC y del Convenio de Basilea.
- Estado E: Estado que es Parte de la OMC y del Convenio de Basilea, y que ha ratificado la enmienda.
- Estado F: Estado que ni es Parte en la OMC ni en el Convenio de Basilea.

peligrosos como centro de información de datos relativos a las materias primas contenidas en los desechos susceptibles de un aprovechamiento posterior.

	Estado A.	Estado B.	Estado C.	Estado D.	Estado E.	Estado F.
Estado A.	A/A	A/B	A/C	A/D	A/E	A/F
Estado B.	B/A	B/B	B/C	B/D	B/E	B/F
Estado C.	C/A	C/B	C/C	C/D	C/E	C/F
Estado D.	<b>D/A</b>	D/B	D/C	D/D	D/E	D/F
Estado E.	E/A	E/B	E/C	E/D	E/E	E/F
Estado F.	F/A	F/B	F/C	F/D	F/E	F/F

Así, las distintas posibilidades conflictivas que se plantean se pueden clasificar en dos grupos:

1. Por un lado, las combinaciones sombreadas en **negrita A/D, D/A, A/E, y E/A**, se caracterizan por representar todas ellas supuestos que implican a un Estado que es Parte de la OMC y a otro Estado que además de ser Parte de la OMC también lo es del Convenio de Basilea, con o sin enmienda. Éstas son situaciones que plantean un alto riesgo de provocar una controversia en torno a la aplicación contradictoria de los principios del Acuerdo GATT y las obligaciones del Convenio de Basilea. En estos casos, un Estado (A) que es Parte en la OMC alega que otro Estado (D o E), que también es Parte en la OMC, ha violado el Acuerdo GATT al adoptar una medida unilateral restrictiva del comercio internacional con la base jurídica que le proporciona el ser Parte en el Convenio de Basilea, con o sin enmienda.

2. Por otro lado, las combinaciones **D/D, D/E, E/E, y E/D**, implican a dos Estados miembros de la OMC y del Convenio de Basilea, con o sin enmienda. En éstas, un Estado que es Parte en la OMC y en el Convenio de Basilea ve menoscabados sus derechos dimanantes del Acuerdo GATT porque un segundo Estado, que también es Parte en ambos Convenios, OMC y Basilea, ha ejecutado los mecanismos de control de movimientos transfronterizos de desechos peligrosos a los que está obligado por el Convenio de Basilea.

En efecto, en un plano más práctico, las controversias que se pueden plantear en relación a las disposiciones del Convenio de Basilea particularmente conflictivas con el tenor del Acuerdo GATT, corresponden a las siguientes combinaciones. Primero, el deber de prohibición contenido en el artículo 4.5 del Convenio de Basilea plasmado en la obligación de no auto-

rizar exportaciones ni importaciones de desechos peligrosos con Estados no-Parte en el Convenio, es susceptible de plantear conflictos del tipo D/A, A/D, E/A, A/E al colisionar la ejecución de la citada disposición con el principio de nación más favorecida contenido en el artículo I y con el principio de prohibición de las restricciones cuantitativas contenido en el artículo XI<sup>95</sup>. Segundo, la posibilidad de adoptar prohibiciones nacionales de importaciones de desechos peligrosos a la luz de los artículo 4.1.a) y 13 del Convenio de Basilea, es susceptible de plantear conflictos del tipo D/A, A/D, D/D y E/E al colisionar su aplicación efectiva a nivel nacional con dos principios fundamentales del Acuerdo GATT, el principio de nación más favorecida del artículo I y con el principio de prohibición de las restricciones cuantitativas contenido en el artículo XI. Tercero, la entrada en vigor de la enmienda III/1 y su subsiguiente aplicación en el plano nacional originará situaciones de posibles controversias del tipo E/A, A/E, E/D, D/E y E/E, al colisionar el nuevo artículo 4A del Convenio de Basilea con los principios ya mencionados de la nación más favorecida y de eliminación de las restricciones cuantitativas.

#### 4.2. *El marco institucional de arreglo de la controversia*

Los debates doctrinales en torno a los eventuales conflictos que se pueden plantear entre Estados que cumplan con las obligaciones contradictorias establecidas en el Acuerdo GATT, de un lado, y en el Convenio de Basilea, de otro, han situado su centro de gravedad en torno a la OMC, a su órgano de solución de controversias, y al COCOMA<sup>96</sup>. No obstante, en el supuesto de

95. El artículo XI relativo a la eliminación general de las restricciones cuantitativas, hay que relacionarlo con el artículo XII, relativo a las restricciones adoptadas para proteger el equilibrio de la balanza de pagos, y con el artículo XIII, relativo a la aplicación no discriminatoria de las restricciones cuantitativas. En concreto esta última disposición afirma que "ninguna parte contratante impondrá prohibición, ni restricción alguna a la importación de un producto originario del territorio de otra parte contratante, a menos que imponga otra restricción semejante a la importación del producto similar originario de cualquier tercer país o a la exportación del producto similar destinado a cualquier tercer país."

96. Parece que ello se debe principalmente a dos factores: 1) en el debate comercio-medio ambiente, la OMC aparece como un foro institucionalizado de función integradora de un sistema multilateral del comercio no exclusivamente limitado al Acuerdo GATT y que además se caracteriza por su fortaleza y por el significativo impulso político que ha recibido en los últimos años; y 2) la elevada

que se plantease una controversia entre dos Estados por la aplicación del Convenio de Basilea en detrimento de las disposiciones del Acuerdo GATT, distintos mecanismos de solución de controversias podrían ser aplicados. En este sentido, tanto el Convenio de Basilea como la OMC vinculan a sus Estados Parte a someterse a un procedimiento específico en caso de controversias.

A) El sistema de la OMC: Uno de los resultados más notables de la Ronda Uruguay fue la adopción de un "Entendimiento relativo a las normas y procedimientos por los que se rige la solución de diferencias" y con él, el establecimiento de un Órgano de Solución de Diferencias que será el encargado de aplicar el Entendimiento a las diferencias que puedan surgir en torno a la interpretación y/o aplicación de los acuerdos integrados bajo el paraguas institucional de la OMC<sup>97</sup>. Se ha establecido un sistema integrado como foro único de solución de controversias y de discusión de cualquier conflicto comercial relativo a los Acuerdos abarcados entre los Estados Miembros, en perfecta coordinación con el organigrama institucional de la OMC.

B) El sistema del Convenio de Basilea: El Convenio, como consecuencia lógica de su naturaleza jurídica, no dispone de un procedimiento institucionalizado de solución de controversias paragonable al establecido en el marco de la OMC. En la línea de otros tratados internacionales del medio ambiente, el Convenio de Basilea establece, en primer lugar, una obligación previa de intentar resolver la disputa "mediante la negociación o cualquier otro medio pacífico a su elección," y, en segundo lugar, un mecanismo dual específico. La controversia se someterá, si así lo acuerdan las partes de la misma, al Tribunal Internacional de Justicia o a un procedimiento arbitral reglado en el mismo Convenio de Basilea<sup>98</sup>.

aceptación que ha tenido el Acuerdo GATT a lo largo de su dilatada historia y el número de Estados que son en la actualidad Parte en la OMC –132 Estados. Hay, sin embargo, que matizar que el mismo Convenio de Basilea ha recibido también un apoyo político considerable en sus ocho años de existencia al contar con más de 113 Estados Parte.

97. Véase R. BERMEJO, L. SAN MARTÍN, *supra* nota 24, pp. 182-183. Como rasgos generales cabe apuntar que el nuevo mecanismo de solución de controversias establecido en el marco de la OMC se caracteriza por su rapidez y solvencia en un marco institucionalizado, y por incorporar un procedimiento de ejecución sumaria y de apelación.

98. Véase artículo 20 del Convenio de Basilea y Anexo VI relativo al procedimiento de arbitraje.

Ahora bien, parece que es recomendable en todo caso hacer un estudio diferenciado según los dos grupos de combinaciones conflictivas antes expuestos para así poder determinar con una mayor exactitud cual sería el marco institucional competente para conocer de la controversia y, por tanto, el procedimiento aplicable.

En el primer grupo de combinaciones, A/D, D/A, E/A, y A/E, el denominador común de todas ellas es que un Estado de la OMC es perjudicado por el cumplimiento de otro Estado de la OMC de las obligaciones que este segundo Estado tiene por ser Parte del Convenio de Basilea, con o sin enmienda. En estos casos, el Estado Parte de la OMC considera que el otro Estado, Parte de la OMC y del Convenio de Basilea, viola las obligaciones del Acuerdo GATT y por ello parece que lo más probable es que recurra al mecanismo de solución de controversias de la OMC como foro competente para conocer del incumplimiento unilateral del segundo Estado de las obligaciones del Acuerdo GATT (artículos I, III y XI)<sup>99</sup>. El OSD debería en este caso interpretar el Acuerdo GATT para ver si las medidas unilaterales restrictivas del comercio y con base jurídica en el Convenio de Basilea son o no susceptibles de exención en relación al cumplimiento de los preceptos del Acuerdo GATT.

En el segundo grupo de combinaciones, D/D, D/E, E/E y E/D caracterizadas por representar una controversia entre dos Estados Miembros de la OMC que, a su vez son también miembros del Convenio de Basilea, con o sin enmienda, la determinación del foro competente no parece tan diáfana. Aquí, se presentan situaciones en las que los dos Estados implicados están vinculados por los dos regímenes jurídicos en cuestión, el sistema GATT/OMC y el Convenio de Basilea.

En estos supuestos, parece que en un plano teórico los Estados podrían recurrir a ambos mecanismos de solución de controversias, al Entendimiento relativo a las normas y procedimientos por los que se rige la solución de diferencias entre los Estados Parte de la OMC y al mecanismo del artículo 20 del Convenio de Basilea. En efecto, al estar vinculados por ambas reglamentaciones, la comercial y la ambiental, los Estados involucrados podrían acogerse al régimen general de la OMC<sup>100</sup> o de forma alternativa<sup>101</sup> inclinarse

99. Parece pues claro que el foro competente en estos supuestos es el OSD de la OMC; cosa bien distinta es el juicio material que el mismo realice del fondo del asunto.

100. Cabe plantearse la posibilidad de que aplicando en primera instancia el Entendimiento de la OMC las Partes en la controversias delimiten claramente las

por un procedimiento arbitral o de cualquier otro de los contemplados en el artículo 20 del Convenio de Basilea<sup>102</sup>. Lo que no parece dejar duda es que, el acuerdo de sumisión de la disputa según uno u otro procedimiento tiene una clara significación política y jurídica.

En todo caso, hay que abogar en primer lugar por la utilización de medios no jurisdiccionales de solución de controversias del orden de las consultas, los buenos oficios, la conciliación y la mediación. En el supuesto de que la controversia se solucionase por vía de algunos de estos mecanismos no existiría un problema real de interpretación, ni en cuanto al procedimiento de solución de la controversias aplicable, el Entendimiento de la OMC o el arbitraje del artículo 20 del Convenio de Basilea, ni en cuanto al régimen sustantivo que debería prevalecer.

No obstante, si no se alcanza un acuerdo y las circunstancias determinan el empleo de un mecanismo jurisdiccional de solución de la controversia, tres factores obligan a inclinar la balanza en favor de la elección del mecanismo arbitral contenido en el artículo 20. En primer lugar, un criterio de especialidad aconseja aplicar el procedimiento arbitral del Convenio de Basilea<sup>103</sup>.

cuestiones controvertidas y, a la luz del artículo 25 del Entendimiento, remitan la controversia al procedimiento de arbitraje dispuesto por el Convenio de Basilea.

101. Hay autores que niegan la existencia de alternativa alguna y defienden la exclusividad del procedimiento de la OMC en virtud de una limitación al principio de elección de medios contenida en el artículo 23.1 y 23.2 del Entendimiento. Véase M. MONTAÑA, *supra* nota 21, pp. 111-112. Sin embargo, parece que se debe atemperar esta opinión y afirmar que el Entendimiento respeta la libertad de las Partes en la controversia de convenir medios alternativos de arreglo de la misma, si bien es cierto que en defecto de acuerdo entre las Partes y si una de ellas invoca el procedimiento de la OMC, deben "considerarse excluidos cualesquiera otros procedimientos convenidos con carácter general." En este sentido véase A. REMIRO, *supra* nota 19, pp. 28-31.

102. Eventualmente, puede plantearse la remota posibilidad de que las Partes en la controversia, en aplicación del mandato contenido en el artículo 20 del Convenio de Basilea, recurran al OSD de la OMC como mecanismo suplementario, bien como órgano arbitral según la reglamentación al efecto contenida en el Anexo VI del Convenio de Basilea, bien como órgano institucional de la OMC según el procedimiento reglado en el anexo correspondiente del Acta Final de la Ronda Uruguay.

103. Parece que en los casos en que las dos partes en la controversia sean miembros del Convenio de Basilea así como de la OMC, debe prevalecer el régimen establecido por el Convenio de Basilea, tanto en la cuestión inicial del procedimiento aplicable para solucionar la controversia como en la cuestión ulterior de qué regulación sustantiva debe prevalecer. Esta aseveración se fundamenta en una aplicación del principio de la *lex specialis derogat generalis*



En segundo lugar, el mecanismo previsto en la OMC se configuró con un orientación marcada hacia las controversias sobre cuestiones comerciales *stricto sensu*<sup>104</sup> y no parece que pueda conjugar de forma adecuada e imparcial los diversos intereses —económicos y ambientales fundamentalmente— que confluyen en la reglamentación de los movimientos transfronterizos de desechos peligrosos. Y en tercer lugar, el propio COCOMA ha recomendado en su informe de la Conferencia Ministerial de Singapur de finales de 1996 a los Estados Parte de la OMC que son a su vez Parte en un tratado internacional sobre el medio ambiente, que recurran de forma preferente a los mecanismos de solución de controversias previstos en esos mismos tratados ambientales<sup>105</sup>.

Así, en el supuesto de que se recurra al mecanismo del artículo 20 del Convenio de Basilea y se prescinda de remitir la controversia al OSD se obtienen dos ventajas. En primer lugar, las partes en la controversia se aseguran que el eventual procedimiento de mediación y/o arbitraje que tenga lugar gozará de totales garantías de imparcialidad frente a presiones de aplicar de forma preeminente el régimen comercial frente al ambiental, y se asegura así un mayor equilibrio de los intereses en presencia. En segundo lugar, se gana tiempo hasta que se dilucide y homogeneice la cuestión de la compatibilidad de ambos regímenes, ambiental y comercial, en el marco de la OMC. No obstante, la desventaja de aplicar este procedimiento radica en que la solución alcanzada de forma específica al caso concreto pecará siempre de particularidad e impedirá realizar una interpretación general válida para distintas situaciones que garantice a los operadores comerciales la previs-

en perjuicio de la mayormente aceptada máxima de la *lex posterior derogat anterior*. La reivindicación de esta última regla en favor del Acuerdo GATT —ratificado en 1994— conduce a una situación de inseguridad jurídica en cuanto a la ley aplicable por la constante evolución del Derecho internacional del medio ambiente, especialmente en materia de desechos peligrosos. Además, la aplicación regla *lex posterior derogat anterior* tendría serias dificultades de encajar con la reciente adopción de forma masiva de la enmienda III/1 al Convenio de Basilea en 1995.

104. En efecto, los candidatos a formar parte del *grupo especial* que ha de conocer de la controversia deben ser expertos de reconocida competencia en Derecho del comercio internacional. En relación a la necesidad de adecuar los conocimientos de los miembros a las características de estos casos en los que están implicadas cuestiones ambientales, no cabe mas recurso que la solicitud de dictámenes científicos y técnicos, que en cualquier caso tendrán siempre un valor meramente consultivo.

105. Véase el Informe de 1996 del COCOMA en Doc. WT/CTE/W/40.

ibilidad y seguridad jurídica que proporcionaría una interpretación institucionalizada procedente del OSD de la OMC<sup>106</sup>.

## 5. CONSIDERACIONES FINALES

El comercio internacional de desechos está condicionado por dos ramas del Derecho: el Derecho internacional económico relativo al comercio internacional (el sistema GATT/OMC), y el Derecho internacional del medio ambiente relativo a los movimientos transfronterizos de desechos peligrosos (el Convenio de Basilea). La posibilidad de que el cumplimiento por un Estado de los compromisos adquiridos en este último instrumento implique la violación de ciertas reglas básicas existentes en el sistema GATT/OMC genera un clima de inseguridad jurídica e inestabilidad que tiene su plasmación en un incentivo indirecto al incumplimiento del contenido sustantivo del Convenio de Basilea.

Si bien es cierto que no se ha planteado hasta la fecha controversia alguna en torno a la compatibilidad del contenido obligacional del Convenio de Basilea con los principios de no discriminación y de prohibición de las restricciones cuantitativas, consagrados en el seno de la OMC, son tres los aspectos del Convenio de Basilea de compatibilidad especialmente dudosa en relación a los principios fundamentales del Acuerdo GATT: 1) la obligación de no autorizar importaciones ni exportaciones de desechos peligrosos con estados no-Parte en el Convenio de Basilea; 2) el derecho de todos los Estados Parte a prohibir las importaciones de desechos peligrosos en zonas sometidas a su jurisdicción; y 3) la obligación de los países de la OCDE, la CE y Liechtenstein de prohibir las exportaciones de desechos peligrosos a otros países.

Así, a la luz de los Estados que puedan estar involucrados en una eventual controversia por la ejecución de las correspondientes disposiciones

106. Necesariamente hay que puntualizar que el OSD, como tal, carece de competencia para proceder a interpretar el Acuerdo de la OMC y los Acuerdos Comerciales Multilaterales. Esta facultad de realizar interpretaciones la reconoce el artículo IX.2 del Acuerdo de la OMC a la Conferencia Ministerial. "La decisión de adoptar una interpretación se tomará por mayoría de tres cuartos de los miembros sobre la base de una recomendación del Consejo encargado de supervisar el funcionamiento de un Acuerdo Comercial Multilateral, cuando se trate de la interpretación de éste." Véase A. REMIRO, *supra* nota 19, pp. 31.

del Convenio de Basilea en detrimento del Acuerdo GATT, se pueden plantear dos tipos de controversias. Primero, las controversias entre un Estado que es Parte en la OMC y otro Estado que además de ser parte en la OMC, también lo es del Convenio de Basilea, con o sin enmienda. Y segundo, las controversias entre dos Estados que son Parte en la OMC y en el Convenio de Basilea, con o sin enmienda.

El planteamiento efectivo de una de estas controversias suscitaría cuestiones a dos niveles: procedimental y sustantivo. En efecto, en primer lugar se debería dilucidar el procedimiento aplicable en caso de controversia y, por tanto, el órgano competente para conocer de la misma y, en segundo lugar, se debería entrar a analizar el régimen sustantivo aplicable y, por tanto, la compatibilidad o no de las obligaciones contradictorias contenidas en el Acuerdo GATT y en el Convenio de Basilea respectivamente, así como, lógicamente, la primacía de un régimen, comercial o ambiental, sobre otro.

En esta investigación se han analizado las obligaciones conflictivas contenidas en ambos frentes, sistema GATT/OMC y Convenio de Basilea, se han identificado las posibles controversias y, finalmente, se han apuntado las opciones que se han considerado más recomendables en relación al procedimiento aplicable en caso de controversia. Como proposición general cabe concluir que parece preferible la utilización de los mecanismos de solución de controversias previstos en el Convenio de Basilea. No obstante, esta afirmación requiere ciertas matizaciones según el tipo de controversia que se suscite.

En cuanto a las controversias del primer grupo parece que, efectivamente, el único régimen aplicable es el previsto en el Entendimiento de la OMC; y ello porque, de un lado, en estos casos las dos Partes en la controversia son Parte de uno solo de los instrumentos –el Entendimiento de la OMC– y, de otro lado, el propio Convenio de Basilea limita la aplicabilidad directa de su disposición relativa a la solución de controversias a aquéllas que se susciten “entre Partes.” En un orden lógico, debe ser el OSD de la OMC la institución que debe conocer de la eventual controversia. No obstante, no se descarta la posibilidad de que las Partes en la controversia se remitan de forma consensuada a un mecanismo alternativo de carácter político e incluso jurisdiccional. De hecho, no parece descabellado afirmar que a la vista de la cautela con la que se analizan estos temas desde la misma OMC y el COCOMA, ésta sería la opción más recomendable para las Partes en la controversia.

En cuanto a las controversias del segundo grupo, es decir, aquéllas en las que los dos Estados en la misma son Parte en la OMC y en el Convenio de Basilea, con o sin enmienda, hay que afirmar que la opción procedimental más recomendable es la aplicación del mecanismo arbitral previsto en el propio Anexo VII del Convenio de Basilea. Varios motivos apoyan esta afirmación. Primero, mediante la solución de la controversia en el entorno de un resorte arbitral organizado según las disposiciones del Convenio de Basilea se elude el sistema del OSD de la OMC y, de esa forma, se esquivan las eventuales presiones que este último órgano pudiese padecer a la hora de decidir sobre el caso. La particularidad, discreción e inoponibilidad —directa o indirecta— frente a terceros del laudo arbitral que se adoptase configuran al mecanismo del Convenio de Basilea como idóneo para solucionar una controversia de este tipo en el momento presente. Segundo, el propio COCOMA ha recomendado a los Estados de la OMC que, probablemente debido a la carencia de una interpretación institucional en el contexto de la OMC relativa a la compatibilidad de ambos regímenes, comercial y ambiental, en los casos en los que se suscite una controversia por la aplicación de un tratado internacional ambiental que menoscabe los derechos de las Partes a la luz del GATT se recurra de forma preferente a los mecanismos de solución de controversias previstos en esos mismos tratados ambientales, lo cual en el caso presente, parece implicar una remisión al artículo 20 del Convenio de Basilea o, cuanto menos, a su mecanismo arbitral.